

DES
CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE
EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le mercredi 27 mai 1908
à 2 heures 1/2 de l'après-midi*

PAR

MARCEL WEISGERBER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. A. WEISS, professeur

*Suffragants : { MM. PILLET, professeurs
LAINÉ,*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J. B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DES

CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le mercredi 27 mai 1908
à 2 heures 1/2 de l'après-midi*

PAR

MARCEL WEISGERBER

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



Président : M. A. WEISS, professeur

*Suffragants : { MM. PILLET, professeurs
LAINÉ,*

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J. B. SIREY ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e Arrond.

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1908

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

Journal du Droit international privé et de la jurisprudence comparée,
publiée par Ed. CLUNET depuis 1874, tables. 4 vol., 1906.

Revue de droit international et de législation comparée.

Revue de droit international, publié sous la direction de M. DARRAS, Paris, 3 vol., 1905, 1906, 1907.

Annuaire de l'Institut de droit international.

Pandectes françaises, Recueil de jurisprudence publié sous la
direction de MM. A. WEISS et Louis LUCAS.

BROCHER. — *Cours de droit international privé suivant les principes
consacrés par le droit positif français*, 3 vol., Paris-Genève,
1882-1885.

DICEY. — *Conflicts of Laws*.

DESPAGNET. — *Précis de droit international privé*.

LAURENT. — *Le droit civil international*, 8 volumes, Paris,
Bruxelles, 1880-82.

LEHR. — *Mariage et divorce; Élément de droit civil scandinave;
Élément de droit civil russe*.

MAILHER DE CHASSAT. — *Traité des statuts*, 1845.

PILLET. — *Principes du droit international privé*, Paris-Grenoble, 1903.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil.*

Albéric ROLIN. — *Principes du droit international privé et application aux diverses matières du Code civil.*

A. WEISS. — *Traité théorique et pratique de droit international privé* (3 vol., le Conflit de lois).

INTRODUCTION

« Il existe bien une source com-
« mune de toute justice ; mais de
« même que les fleuves partis d'un
« même point se font un lit diffé-
« rent suivant le terrain qu'ils tra-
« versent, de même les principes
« de justice se modifient suivant la
« nature et le caractère du peuple
« qui les applique. »

F. BACON.

S'il est vrai de dire avec Portalis, que « la faculté de
« contracter mariage est commune à tous les hommes,
« et qu'elle est universelle comme la nature qui n'est
« absente nulle part », il s'en faut que ce principe de
droit naturel ait toujours été reconnu.

Dans les sociétés primitives, tout étranger, tout
homme qui n'appartient pas à une agglomération sociale
déterminée, est un ennemi ; il ne lui est accordé aucun
droit. Il en était ainsi dans l'ancienne Rome ; « *Adversus
hostem æterna auctoritas esto* » disait la loi des
xii tables : sans doute les rigueurs de cette loi sévère

étaient tempérées par les bienfaits de l'*hospitium* et du *patronatus*, mais quoi qu'il en soit l'étranger à Rome n'avait aucun droit et particulièrement le *connubium* c'est-à-dire la faculté de contracter des « *justæ nuptiæ* » conformément au droit civil, lui était refusé et seul reconnu au *cives romanus* ; il faut arriver avec l'Empire jusqu'à Caracalla pour que tous les habitants puissent jouir de ce droit de cité si cher aux Romains et de toutes les prérogatives qui y sont attachées.

Les Barbares qui envahirent l'empire romain, considéraient l'étranger comme exclu de toute participation à leurs institutions juridiques : c'est ce refus systématique de toute concession qui a fait naître à cette époque le système de la personnalité des lois ; chaque individu était jugé suivant sa loi propre, et c'est aussi d'après cette loi qu'était appréciée sa capacité.

Au moyen-âge, l'étranger (*aubain*) est soumis à toutes sortes de vexations ; il ne peut épouser qu'une femme de sa condition, et s'il veut *forligner*, s'il veut se marier au dehors, (dans une autre province), il lui faut l'autorisation de son seigneur ; il doit de plus acquitter des droits de *formariage* faute de quoi il s'exposait au paiement d'une forte amende, et jusqu'au xii^e siècle son mariage était déclaré nul (1).

(1) La jurisprudence des Parlements sous l'influence des légistes, et poussée par le développement naissant du commerce, qui créait un fond commun de principes de droit entre les États, reconnut aux « aubains » le *jus connubii* et le *jus commercii*.

En avançant dans l'histoire, nous voyons que sous Louis XIV, toute une catégorie de citoyens français était exclue du droit en ce sens qu'il leur était impossible de faire reconnaître leurs unions devant la loi, et par suite d'avoir des enfants ayant la qualité et les droits d'enfants légitimes. (2)

La révocation de l'édit de Nantes en 1685, sous la fâcheuse influence de Bossuet et de Madame de Maintenon, avait créé une situation toute nouvelle aux réformés. Jouissant jusque-là de la liberté de culte qui leur avait été largement octroyée par Henri IV, participant à la vie juridique, à la vie civile, ils se voient dès lors mis hors la loi ; persécutés, traqués, ils sont dans l'alternative cruelle de renier leur foi, ou d'émigrer pour échapper à la justice royale et à la haine farouche des prêtres.

Leur mariage n'est valable que s'il est célébré par un prêtre catholique, et dans la croyance romaine conformément aux canons du concile de Trente ; si non, leurs unions sont nulles, leurs enfants bâtards.

(1) Par l'édit de 1669, le roi avait interdit les mariages à l'étranger.

« Faisons défense, à tous nos sujets de quelque qualité et condition qu'ils soient, de sortir de notre royaume pour aller s'établir « sans notre permission dans les pays étrangers par mariage, à peine « de confiscation de corps et de biens, et d'être censés et réputés « étrangers, sans qu'ils puissent être ci-après rétablis ni réhabilités, ni leurs enfants naturalisés pour quelque cause que ce « soit. »

V. Émile STOCQUART, *La doctrine française du mariage dans le conflit de lois*, J. CLUNET, 1904, p. 793.

Cette situation fit naître une foule de procès scandaleux suscités par la convoitise et l'intérêt, que nos Parlements eurent à enregistrer depuis la révocation de l'édit.

Cet état de choses n'émouvait personne ; pas un esprit n'osait s'élever contre une telle inconséquence, l'intolérance catholique régnait en maître absolu, obscurcissant les cerveaux de son ignorance de tout principe élémentaire de droit naturel.

Il nous faut arriver à la veille de la Révolution, quand déjà grondait l'orage qui devait emporter la royauté et tout son passé de routine et d'asservissement, pour voir le Roi lui-même, éclairé enfin par les philosophes, et en dépit de l'Eglise rendre aux Protestants leur état civil

« La justice et l'intérêt public, dit le roi, ne permettent pas d'exclure plus longtemps des droits de l'état civil les français et les étrangers qui ne professent pas la religion catholique. Les protestants ainsi dépouillés de toute existence légale, sont placés dans l'alternative, ou de profaner les saints sacrements par des conversions simulées, ou de compromettre l'état de leurs enfants en contractant des mariages frappés d'avance de nullité. (1)

Mais si actuellement le mariage est une faculté du droit des gens universellement reconnue, cette ins-

(1) V. LAURENT, *Dr. civil international*, t. III.

titution n'est pas réglementée de même dans tous les pays (2).

Le mariage civil qui est entré dans notre droit privé avec la Révolution après une longue lutte du pouvoir central contre la toute puissance du clergé, et qui tend à devenir « le droit commun de l'humanité » n'est pas accepté par toutes les législations.

Plusieurs d'entre elles reconnaissent encore, soit le mariage religieux obligatoire, soit concurremment avec le mariage civil, soit même tous deux à la fois.

Les conditions de fond et de forme du mariage ne sont pas prévues de même par tous les pays ; chacun d'eux, en cette matière, a suivi sa tradition, les exigences de son climat, du tempérament, des coutumes et des mœurs de ses habitants. Il en résulte une grande diversité, qui, jointe aux nécessités du commerce international, à la facilité des communications, à l'émigration toujours croissante des individus, fait naître à chaque pas une multitude de conflits parfois insolubles, mais dont il est nécessaire autant qu'utile d'atténuer les difficultés : faciliter les relations des hommes d'une nation à une autre en leur assurant dans une certaine mesure la fixité d'un droit qu'ils puissent réclamer, une juridiction compétente qu'ils puissent invoquer, telle

(1) Jusqu'en 1821, la République Argentine prohiba le mariage entre Argentins et Espagnols.

Jusqu'en 1860, à Haïti le mariage avec les étrangers était dépourvu de tous effets civils (V. CLUNET, 1893, p. 734).

est la tâche, tel est le but du droit international privé.

Deux français se marient à l'étranger, deux étrangers se marient en France, un français épouse une étrangère, aussitôt deux lois sont en présence, et dans ce conflit qui peut naître soit entre une loi territoriale et une loi personnelle, soit entre deux lois personnelles différentes, quelle sera la loi compétente ? Verrons-nous la loi territoriale jalouse de sa souveraineté déclarer d'une part que tout étranger sur son territoire est soumis à la loi locale et que d'autre part ses nationaux restent soumis à cette loi même à l'étranger ! verrons-nous au contraire les différentes législations animées d'un esprit de « sacrifice », faire mutuellement des concessions et admettre dans certains cas l'application d'une loi étrangère.....

En ce qui concerne les conditions de forme du mariage, il semble bien que l'unité législative soit obtenue sur ce point ; sauf pour les pays qui ne reconnaissent pas le mariage civil et s'en tiennent encore au mariage religieux obligatoire, le mariage est valable partout s'il a été célébré avec les formalités requises dans le lieu de la célébration, principe sur la validité des actes, que notre ancien droit formulait déjà « *locus regit actum* ».

Mais si nous passons aux conditions de fond, à ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes pour contracter mariage, la même unité internationale n'apparaît pas.

Il suffit pour s'en convaincre de jeter un coup d'œil sur les différentes législations, et d'examiner de quelle manière elles ont réglementé les conditions intrinsèques de validité du mariage.

Le code civil français énumère dans ses articles 144 et suivants les qualités et conditions requises chez nos nationaux ⁷ pour contracter mariage.

A moins de dispenses accordées par le Président de la République, l'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus, ne peuvent contracter mariage.

Le français, mineur de 25 ans, la française mineure de 21 ans sont tenus de justifier du consentement de leurs parents ou ascendants, et passé cet âge de leur signifier des actes respectueux. (C. civ. art 151. mod. par la loi du 20 Juin 1896 — remplacé par la loi du 21 Juin 1907).

Nul ne peut contracter une autre union avant la dissolution d'un premier lien, et la femme ne peut se remarier avant l'expiration du délai des dix mois qui suivent cette dissolution (C. civ. art 147-228).

Enfin le mariage est prohibé entre parents et alliés en ligne directe, entre frère et sœur, entre beau-frère et belle-sœur, entre oncle et nièce, tante et neveu, sauf dans ces trois derniers cas la possibilité d'obtenir une dispense du chef de l'État.

Depuis la loi du 15 Décembre 1904, le conjoint divorcé pour cause d'adultère peut épouser son complice (1).

(1) *Journal officiel* du 16 décembre 1904.

Dans tous les pays de l'Europe et de l'Amérique, on considère aujourd'hui le consentement des parties, comme la condition fondamentale d'un mariage valable ; nulle part il n'est plus permis aux parents de disposer de leurs enfants, même mineurs ; le mariage forcé tel qu'il a existé à Rome avec l'institution de la *patria potestas* et de la *manus*, chez les peuples germains avec le *mundium*, et en général dans les législations où les enfants, particulièrement les filles étaient considérés comme une propriété, a disparu actuellement du monde civilisé (1). Le Japon, rompant avec sa tradition séculaire, qui faisait du mariage, comme actuellement encore en Chine, un acte essentiellement privé auquel présidait seule la volonté des familles, a inscrit le consentement libre des futurs dans son code civil.

Ce consentement doit sous peine de nullité être donné par des personnes capables de le donner consciemment, et d'autre part, il doit être exempt de vices.

Plusieurs législations (Allemagne, Etats-Unis, Roumanie), mentionnent les aberrations passagères, l'ivresse notamment comme exclusives du libre consentement, qui est de l'essence du mariage. C'est en France matière

(1) V. LEHR, *Mariage et divorce*; ROGUIN, *Droit civil comparé*, t. I, le *Mariage*.

(2) Voyez en Suède sur l'institution du giftoman et le consentement des filles données en mariage par le père ; J. CLUNET, 1883, d'Olivékrona, de la condition juridique des étrangers en Suède.

d'appréciation ; il en est de même du cas d'un interdit ou d'un aliéné (1).

Le mariage est interdit aux aliénés en Autriche, Italie, Pérou, Russie.

Ce consentement donné par les parties doit être en outre exempt de vices. La violence, la contrainte à un degré réel de gravité, vicie la volonté dans tous les pays ; certaines législations, notamment celles du Brésil, des Etats-Unis, de la Suisse prévoient le dol comme une cause d'annulation du mariage, d'autres comme celles de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal, de la Russie, de l'Allemagne, suivant les traditions de notre ancien droit. « En mariage trompe qui peut » disait Loysel, ont entendu soustraire le mariage aux contestations qui pourraient naître d'espérances déçues ou d'illusions trompées (2).

Dans toutes les législations, l'erreur sur l'identité de la personne est une cause de nullité du mariage.

L'erreur sur la personne (*error in persona*) est en Italie une cause de nullité de mariage, de même en Espagne

(1) La question du mariage des interdits en France a été longuement discutée ; cependant la tendance actuelle est d'autoriser le mariage des interdits quand ils sont dans un intervalle lucide (Voy. Cass., 12 nov. 1844, D. 45, 1. 99).

(2) Le code allemand autorise l'annulation à la demande de l'époux qui a été déterminé à se marier par une tromperie frauduleuse « *arglistige Täuschung* » portant sur des circonstances telles que s'il avait connu l'état des choses, et en appréciant raisonnablement la nature du mariage (d'une façon objective) cela l'aurait empêché de s'unir. V. ROGUIN, *Droit civil comparé*, p. 60.

(sauf les règles spéciales du droit canonique pour les époux catholiques) ; le code civil allemand de 1900 admet l'annulation d'un mariage pour cause d'erreur sur des particularités personnelles (Eigenschaften) ; Planck cite les cas suivants : supposition erronée d'un caractère pur (Lanterkeit des Charackters), vie dissolue d'une femme, infécondité de celle-ci (1).

En Grèce et au Pérou, l'erreur portant sur une qualité essentielle de la personne est une cause de nullité, de même qu'en Suède, la dissimulation d'une maladie secrète, contagieuse et incurable, ou de la cohabitation avec un tiers. En Hongrie, elle l'est en cas d'impuissance, de grossesse ou de condamnations à la réclusion et aux travaux forcés ignorées de l'autre partie (2).

La même diversité existe en ce qui concerne l'âge critique auquel les différentes législations autorisent le mariage.

On peut mettre à part les pays qui suivant la doctrine du droit canon, passant par le droit romain, ont conservé l'âge de la nubilité devenu celui de la puberté lé-

(1) L'absence de certaines conditions de fortune ou de rang personnel ne serait pas une cause de nullité à moins qu'elle n'ait été dissimulée frauduleusement, § 1334; ROGUIN, *op. cit.*, p. 62. Cf. Jurisprudence, Cr. Ch. réunies, 24 avril 1862, S. 62, 1, 341. Validité du mariage d'un forçat libéré.

(2) C'est cette disposition particulière de la loi hongroise, qui a fait admettre le paragraphe 3 de l'article 2 du protocole final sur le mariage aux Conférences de la Haye (V. *Actes de la Conférence*, 1900, p. 171.)

gale. Les garçons peuvent se marier à 14 ans, les filles à 12 ans, en Espagne (art 183) en Portugal et en Grèce de même que dans plusieurs états de l'Amérique du Sud, Mexique, Chili, Uruguay, etc. Les pays Anglo-Saxons et de common law, Angleterre, États-Unis, ont conservé le double âge du droit canonique.

L'Autriche exige pour les deux sexes 14 ans, comme minimum de l'âge de discernement *mündigkeit* ; en Hongrie le mariage n'est possible à moins de dispenses accordées par le ministre de la Justice, qu'à l'âge de 18 ans accomplis pour les hommes, et de 16 ans pour les femmes ; il en est de même en Belgique, en Italie, en Roumanie, en France et dans les pays qui ont subi l'influence de notre code civil.

En Allemagne l'âge de la puberté légale se confond pour l'homme avec la majorité ; la loi exige du futur 21 ans tout en laissant pour la fille l'âge de la nubilité à 16 ans.

Les conditions d'âge sont entre 13 et 18 ans dans les pays suivants : Caucase et Serbie 15 et 13 ans, Norvège, par l'effet de l'âge d'admission aux sacrements 15 ans pour les deux sexes, Brésil et Caroline du Nord 16 et 14 ans, Alabama 17 et 14 (code de 1880), Pérou 18 et 14, Russie, Pays-Bas, Suisse 18 et 16 ans (1).

La loi suédoise de 1892 a maintenu comme le code allemand l'âge de 21 ans pour le futur, en le portant de

(1) V. ROGUIN, *op. cit.*, p. 49.

15 à 17 ans pour la future (exception faite pour les Lapons qui peuvent s'unir à 17 et 15 ans).

La loi russe enfin seule aujourd'hui fixe pour les mariages une limite d'âge extrême ; se plaçant dans l'union conjugale au point de vue utilitaire et social de la procréation des enfants, elle interdit le mariage aux personnes âgées de 80 ans.

L'obligation pour les époux de demander le consentement des parents ou des tuteurs est très inégalement rigoureuse suivant les divers pays.

Certains d'entre eux, comme l'Ecosse et les Etats-Unis n'en requièrent aucun ; d'autres le réclament à tout âge comme la Russie, la Suède ; d'autres admettent que ce consentement n'est plus nécessaire une fois la majorité atteinte : il en est ainsi en Suisse (20 ans), en Angleterre (21 ans), aux Pays-Bas (1) (23 ans), en Autriche (24 ans) etc.....

Le code allemand § 130, interdit à l'homme de se marier avant 21 ans sans le consentement de ses parents. « Quiconque ne jouit que d'une capacité juridique restreinte, (*in der geschäftsfähigkeit beschränkt*), ne peut se marier qu'avec son représentant légal (2).

(1) Jusqu'à l'âge de 30 ans, l'enfant majeur légitime ou naturel est encore tenu de demander le consentement de ses père et mère ; en cas de refus, il peut se pourvoir devant le juge de canton, et le mariage peut avoir lieu six mois après, si le refus a persisté (V. ROGUIN, *op. cit.*).

(2) En Allemagne le pupille peut faire suppléer à l'autorisation que lui refuse son tuteur, par le Tribunal des tutelles.

D'autres législations, comme celles de la Roumanie, de l'Espagne, de la Belgique reconnaissent à l'individu parvenu à la majorité matrimoniale, la faculté de se marier contre la volonté de ses parents ; mais elles exigent de lui d'avoir au préalable prié solennellement ceux-ci de consentir à leur union : De là la nécessité des actes respectueux, dernier débris de la *patria potestas* romaine, en plus ou moins grand nombre dans ces divers pays.

Lorsqu'un mariage a été célébré sans le consentement requis, les conséquences de ce vice varient beaucoup suivant les pays.

Les uns considèrent le mariage comme valable et font de cette condition un empêchement simplement prohibitif, n'entraînant pas la nullité.

Le code serbe frappe seulement d'une peine disciplinaire le prêtre qui a passé outre à la célébration du mariage.

En Espagne, au Portugal et au Pérou, cette circonstance donne lieu à diverses pénalités. Dans d'autres pays comme la Russie, la Suède, elle entraîne certaines déchéances, et notamment elle est une cause d'exhérédation ; dans les autres, le défaut de consentement est une cause de nullité et le droit de poursuivre l'annulation du mariage appartient aux personnes dont ce consentement était requis par la loi, en Autriche-Hongrie, en Belgique, en Italie, en Roumanie etc.

Indépendamment des conditions dont nous venons de

parler, consentement des parties, consentement des parents, âge requis, il existe sous le nom générique d'empêchements une foule de circonstances dans lesquelles la loi morale et la législation positive interdisent l'union conjugale.

L'impuissance était une cause de nullité dans le droit canonique, qui attachait une grande importance à la *capula carnalis*, qui disait-il, était de l'essence même du mariage : le code espagnol art 83, et italien art 107, font aussi de cet état manifeste et antérieur au mariage une cause de nullité ; la même solution est adoptée aux États-Unis, en Autriche, au Danemark, au Chili, au Pérou.

En Allemagne, l'impuissance dissimulée est considérée comme un dol ; en Belgique, en France, en Suisse, elle n'est pas prise en considération comme étant d'une preuve trop difficile.

D'une façon générale dans les pays monogamiques, il y a interdiction absolue de se remarier avant d'être libéré d'un lien antérieur non encore dissous.

Le mariage est prohibé dans toutes les législations à l'infini entre parents et alliés ; dans les pays musulmans même il y a empêchement de parenté par la nourrice (1). Certaines législations comme celles de la Russie et de la Roumanie, interdisent les mariages entre parrains et filleuls pour cause d'affinité par le baptême.

En ligne collatérale, les Canons de l'Église défen-

(1) Voy. LEHR, *Mariage et divorce*.

daient le mariage jusqu'au huitième degré ; c'est la législation encore en vigueur dans les pays catholiques, en Espagne, au Portugal, sauf la possibilité d'obtenir une dispense des autorités compétentes.

L'église grecque orthodoxe en Russie, Roumanie, Serbie, Grèce etc..., interdit le mariage entre parents jusqu'au quatrième degré canonique, d'après la décision du concile de Latran de 1215 (1).

En Autriche aucune dispense n'est accordée. Dans la plupart des autres États, Mexique, Uruguay, Belgique, Italie, Danemark etc, et dans les pays anglosaxons, en Allemagne et en Suisse, le mariage est permis entre cousins-germaines.

Le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu sont interdits par les législations qui réprouvent ceux entre cousins germains ; dans les unes, il y a possibilité d'obtenir des dispenses de l'autorité compétente, France, Belgique, Italie, Portugal, Espagne, pays scandinaves, Mexique, dans les autres cet amendement n'est pas prévu ; il en est ainsi en Suisse et dans le droit anglosaxon.

Entre alliés, le mariage est prohibé en ligne directe à l'infini ; en ligne collatérale, dans les pays orthodoxes, les prohibitions sont les mêmes qu'entre parents, de même dans les pays catholiques, en Autriche et en Espagne, sauf dans ce dernier la possibilité d'obtenir une dispense au deuxième degré.

(1) Svod, liv. I, tit. 4, art. 14, §1.

La question des mariages entre beaux-frères et belles-sœurs, est réglée de façon différente suivant les pays ; ils sont permis sans nulle réserve en Allemagne, dans la République Argentine, au Chili, en Hongrie, au Portugal, en Suisse, en Suède, ou moyennant dispense en Belgique, au Danemark, en France, en Italie, en Espagne, en Roumanie, aux Pays-Bas.

L'Angleterre se signale par une sévérité excessive, et déclare absolument interdit le mariage entre un veuf et la sœur de sa femme prédécédée, sans qu'il soit possible de lever la prohibition par des dispenses.

L'Amérique qui sur bien des points s'est inspirée de la Common law des coutumes anglaises, s'est cependant séparée sur cette question de la tradition anglo-saxonne et aux États-Unis ces sortes de mariages sont parfaitement autorisés.

L'abrogation de cette disposition de la loi anglaise a été demandée à plusieurs reprises ; et en 1901 la chambre des communes a adopté un « *Bill ou the deceased sister wife* » autorisant les mariages en question. La chambre des Lords sera-t-elle plus favorable à un projet qu'elle a toujours repoussé à une grosse majorité ? Il est permis d'en douter. Cette persistance dans une lutte qui semble singulière entre les deux organes du Parlement anglais et cette opposition aux règles suivies dans tous les autres pays, tiennent à l'obstination des évêques anglicans et à une tradition maintenue depuis des siècles en Angleterre suivant laquelle l'au-

torisation de ces mariages serait contraire à toute bien-séance morale. D'après la jurisprudence anglaise, dit M. Laurent « le mariage valable là où il est contracté est valable partout. C'est le droit commun en matière de contrat ; mais on y fait exception quand la loi d'Angleterre établit une prohibition qui rend le mariage radicalement nul. Tel est l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance : la loi de Dieu ne distingue point, et comment le juge oserait-il contrevenir à la parole de Dieu ? » (1).

D'autres empêchements d'un caractère plus arbitraire existent dans certaines législations. Le code civil Autrichien interdit les mariages entre chrétiens et non chrétiens ; question de religion à part, à la Louisiane, les mariages étaient défendus entre blancs et gens de couleur noirs ou rouges (2).

La loi russe défend le mariage aux membres du clergé régulier ou noir, alors qu'elle le permet aux membres du clergé séculier ou blanc (sous cette réserve qu'ils ne soient pas encore consacrés au saint ministère) (3).

Dans presque toutes les législations l'homme veuf, est

(1) MERIGNHAC, *La question des mariages entre beau-frère et belle-sœur en Angleterre et dans les colonies anglaises*, J. Clunet, 1902, p. 5.

(2) Depuis 1868, cette disposition de la loi a été abrogée comme une conséquence de la suppression de l'esclavage. Certains États considèrent encore comme un crime de pareilles unions, par exemple le Texas. Mais la Cour fédérale ne tient pas compte des lois locales qui sont contraires à la Constitution. V. *Journal le Droit*, 13 septembre 1884.

(3) V. LEHR, *Éléments de droit civil russe*.

libre de contracter sans délai une nouvelle union ; toutefois en Suède et en Danemark, la loi lui impose une période de deuil légal 6 mois et 3 mois.

Le délai de viduité n'est pas admis, pour la femme, avec le caractère absolu qu'il a dans notre code civil, ainsi qu'en Suède, aux Pays-Bas, en Danemark, en Suisse etc. Tantôt il cesse par l'accouchement de la femme (code italien, art. 57 — code espagnol, art. 45 — code allemand, art. 1313) ; tantôt il est permis à la femme d'établir après une expertise médicale, qu'elle n'est pas enceinte, cas auquel elle peut se remarier sans plus attendre ; il en est ainsi en Autriche et en Norvège.

En Russie et dans les États qui suivent le rite grec-orthodoxe, les troisième et quatrième mariage sont interdits par la loi religieuse qui fait autorité pour le mariage (1).

On voit par ce qui précède la diversité qui existe dans les différentes législations en matière des conditions de fond ; les mêmes divergences existent en ce qui touche les conditions de forme, c'est-à-dire la célébration du mariage.

D'une façon générale les différentes législations, sauf celles qui considèrent encore le mariage comme un acte privé (Écosse et certains États Nord-américains Massachusetts, Missouri, Virginie etc), prévoient d'une part, certaines formalités distinctes destinées à assurer la

(1) V. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*.

publicité du mariage, de l'autre certaines solennités particulières pour en faciliter la preuve.

En France ce résultat est obtenu par la publication exigée dans la loi, et l'obligation pour les parties de procéder à la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil compétent, qui en dresse acte, (C. civ. art. 63, mod. loi du 21 Juin 1907).

Dans les législations étrangères, la plupart d'entre elles exigent que ce mariage soit précédé d'une ou de plusieurs publications dont l'origine remonte aux *bans* ou *bannies*, que le clergé catholique avait coutume d'adresser aux fidèles, pour leur faire connaître le mariage projeté et leur permettre de révéler les empêchements possibles ; la différence entre les législations consiste en la facilité plus ou moins grande avec laquelle les futurs peuvent obtenir des dispenses de publication.

En Allemagne une seule publication est exigée et une dispense peut être accordée dans les cas de maladie mortelle de l'un des fiancés (C. civ. allemand § 1316).

En Écosse et dans certaines parties des États-Unis, le mariage est dispensé de toute formalité publique, aucune publication n'est nécessaire (1).

D'autres législations au contraire, sont plus exigeantes notamment le code civil italien, art. 70-76 demande deux publications, de même notre loi avant la réforme de 1907.

(1) Il existe en Écosse deux sortes de mariage : le mariage *regular* et le mariage *irregular*. V. WEISS, *op. cit.*, tome 3, p. 446.

Dans les pays où l'union religieuse est la seule possible, les publications sont faites à l'Église, du haut de la chaire, par le prêtre ou par le ministre du culte consacré, ainsi en Russie, en Norvège, en Espagne (pour les époux catholiques).

Lorsque les publications requises par la loi ont été faites, elles sont valables suivant les pays de trois mois à un an (1).

Quant à ce qui touche la célébration proprement dite de l'union conjugale, la formalité de la conclusion de l'acte, il faut distinguer les différents pays suivant qu'ils reconnaissent concurremment le mariage civil et le mariage religieux, ou seulement l'un d'eux.

Le mariage est exclusivement religieux et ne peut être célébré qu'en la forme consacrée, à l'Église et par un ministre de culte dans les pays tels que la Russie et la Serbie.

En Écosse, le mariage est un contrat : « *consent makes marriage* » disait lord Deas ». Aucune forme, aucune cérémonie civile ni religieuse, aucune publication préalable ou subséquente ne constituent des conditions essentielles à la formation de ce contrat (2).

En Espagne, au Portugal, en Norvège, en Autriche, le mariage religieux est obligatoire pour les futurs qui professent la religion de l'État ; mais des lois postérieures à la promulgation des codes de ces divers pays,

(1) LEHR *Mariage et divorce*, § 1039.

(2) *Nouvelle Revue historique*, 1903, p. 107.

ont organisé à titre supplétif le mariage civil pour les dissidents ; il en est ainsi également au Danemark et en Suède.

Le mariage est civil ou religieux au gré des parties en Angleterre depuis l'act de 1836 et aux États-Unis.

D'autres pays, comme l'Allemagne, le Mexique, la République Argentine, l'Italie, la Suisse ont proclamé le principe de la sécularisation du mariage, qui est à la base de notre code, à tel point que le mariage civil seul compte aux yeux de la loi ; il doit avoir lieu nécessairement avant le mariage religieux, qui n'a juridiquement aucune valeur quelconque, sous peine de diverses pénalités encourues par le prêtre ou par le ministre qui auraient présidé à l'union.

Dans ces divers pays la célébration du mariage a lieu en présence de l'officier de l'état civil compétent et de témoins (deux ou trois, suivant les pays) ; des registres spéciaux sont tenus pour conserver les actes et fournir aux intéressés une preuve certaine de leur union.

Le mariage civil existe aussi au Japon dans le nouveau code civil, en ce sens que l'union conjugale, cérémonie essentiellement familiale, n'a d'effets légaux qu'après une notification faite à l'officier de l'état civil.

En Roumanie, existe une législation très spéciale : jusqu'à l'application du nouveau code civil de 1885, le mariage était un contrat essentiellement religieux, un « mystère » ; l'art. 22 de la Constitution de 1866, tout en proclamant le principe du mariage civil obligatoire,

exige néanmoins pour les époux la bénédiction religieuse.

On voit par ce qui précède, malgré une certaine tendance à l'unité, tout au moins dans les législations qui se sont inspirées du code de 1804, quelle divergence de vues existe dans cette matière si importante du mariage, qui touche à l'organisation sociale elle-même, dont elle est la base et qui intéresse au plus haut point les intérêts privés et l'ordre public.

Nous nous occuperons dans cette étude des conditions de fond du mariage et plus spécialement du conflit de lois que cette question fait naître. Il nous faudra tout d'abord poser le principe du conflit, puis dans un historique rapide nous verrons comment déjà dans notre ancien droit la question était résolue par nos Parlements. Nous en arriverons enfin aux conceptions et aux théories modernes.

Les questions de droit international sont de plus en plus à l'ordre du jour ; dans toutes les branches de l'activité humaine, institutions juridiques, contrats, commerce, industrie, brevets d'invention, marques de fabrique, la réglementation de ce droit se fait sentir d'une façon impérieuse et partout, à l'École, au Palais et plus haut chez ceux qui président aux destinées de l'État, l'étude de ce droit est l'objet d'une préoccupation constante. Le monde semble prendre une orientation nouvelle ; les États ne se limitant plus aux bornes étroites et égoïstes de leurs territoires, sont appelés pour

les besoins de leurs nationaux et du bon ordre en harmonie avec l'intérêt universel à chercher un terrain d'entente. La création de l'Institut de droit international, puis de la conférence de la Haye, revêtue d'un caractère tout à fait officiel, est la manifestation évidente de cette tendance. '

Renonçant au principe barbare du moi supérieur et égoïste, les hommes d'aujourd'hui cherchent dans les pays voisins des éléments d'aide et d'utilité ; il se produit par le commerce international, un échange d'idées, de vues et de conceptions différentes qu'il devient nécessaire de condenser et d'unifier.

Parmi les questions qui s'offrent à l'esprit du législateur, celle du mariage nous paraît être une des plus importantes ; actuellement encore, et malgré toutes les attaques qu'elle a pu subir, cette institution est à la base de toute civilisation ; « Marriage is the parent, not the child of the civil Society », disait sir Travers Twiss en 1882 au congrès de Liverpool ; il est le fondement des États, il est l'élément et la pierre d'angle de tout l'édifice social.

CHAPITRE PREMIER

7

HISTORIQUE

EXPOSÉ DES DOCTRINES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Sans vouloir reprendre dans son ensemble l'exposé de la théorie des statuts, sans remonter jusqu'aux époques reculées de la genèse de la doctrine, on ne peut oublier que c'est grâce aux commentateurs de la fameuse glose « *Cunctos populos...* », à Bartole et à ceux qui l'ont précédé, que nous devons l'étude du droit international privé. Elle a pris naissance en Italie, pays de cités indépendantes et libres, dont l'essor commercial se trouvait entravé à chaque pas, par une diversité de lois et de coutumes locales qui s'harmonisait mal avec les nécessités des rapides transactions. Essayer de trouver un principe directeur, qui permit de les mettre d'accord avec les exigences de la pratique, trouver des solutions du conflit naissant de ces divergences, tel fut le but visé par tous les partisans de la doctrine statutaire.

La loi est territoriale ; elle est souveraine sur son territoire et tout élément qui y entre, ne fût-ce qu'un instant, est soumis à son empire ; ou au contraire, la loi est

personnelle, extraterritoriale, elle est inhérente à l'individu et celui-ci doit pouvoir l'invoquer en tous lieux. A ce double caractère territorial ou extraterritorial de la loi, il fallait assigner des limites, il fallait adopter l'un ou l'autre des deux aspects ou concilier deux conceptions incompatibles ; « réalité, personnalité tels seront les deux pôles », entre lesquels vont se mouvoir, vont évoluer toutes les théories anciennes et modernes (1).

En présence de ces deux éléments, la personne, le territoire, une première division s'imposait, celle des statuts personnels et réels ; mais où la difficulté naissait, c'était dans la détermination du principe infaillible, qui devait différencier ces statuts, leur donner une étiquette sous laquelle il fut possible de les cataloguer. De là une diversité très grande dans les doctrines ; les unes farouchement réalistes, en tant que dominées par l'esprit féodal, défendaient les prérogatives de la terre, les autres, plus libérales, plus égalitaires, tendaient de plus en plus à la personnalité, à faire de la personne l'élément juridique prépondérant.

Dans les deux camps, réalistes, personnalistes, chaque pays a eu ses champions.

Les noms de Rodenburgh, Paul Voet, Jean Voet, s'attachent en Hollande à la doctrine réaliste ; ces derniers semblent n'admettre qu'à regret une concession personnaliste dans leur théorie étroite, gardienne des coutumes

(1) WEISS, *Traité de droit int. privé*, t. III, Le conflit de lois.

locales et de la terre ; s'ils permettent à une loi étrangère de faire autorité sur le territoire, d'imposer ses nationaux, c'est en vertu d'un principe général de bonne entente internationale, c'est en vertu de ce que l'on appela la « *Comitas gentium* » et plus tard dans le droit anglo-américain « *international courtesy* ».

En France au xvi^e siècle, les plus fameux représentants des deux écoles furent d'Argentré et Dumoulin, deux adversaires irréconciliables ; l'un gentilhomme breton, partant du vieil adage « toutes coutumes sont réelles » incarnait le type de l'école réaliste dont il était alors le chef autorisé. Fervent défenseur de la terre, il s'attache à la distinction traditionnelle de Bartole ; il y ajoute même dans sa doctrine, une nouvelle catégorie de statuts, dite des « statuts mixtes ». Il pensait ainsi pouvoir assimiler ceux des statuts qui n'étaient ni franchement réels, ni franchement personnels (1).

L'autre, roturier, avocat, professeur aux idées libérales fut le chef de l'école personnaliste ; affectant un souverain mépris pour la distinction de Bartole, il pense trouver un criterium nouveau : « *si statutum agit in rem reale est, si in personam, personale est.* »

En matière de contrats, c'est à lui que l'on doit le

(1) Les réalistes de l'école de d'Argentré, dit M. Pillet, traitaient le statut personnel comme Argan le compte de son apothicaire. Ils l'admettaient pour le principe sauf à chicaner sur chaque article, à fin de réduire à néant la concession faite d'abord. (PILLET, *Principes de droit international privé*, p. 337.)

principe de l'atonomie de la volonté. (1) La doctrine réaliste devait trouver de moins en moins des adhérents, la nouvelle théorie de la personnalité se faisait peu à peu jour et il faut reconnaître à l'école française le mérite d'avoir ouvert la voie aux conceptions et aux théories modernes.

Si Boullenois et Bouhier n'arrivent pas encore à secouer toute la poussière statutaire, s'ils n'ont pu encore renoncer à d'anciens préjugés, nous devons saluer en eux les précurseurs des idées nouvelles, et à ce seul titre ils comptent pour beaucoup dans l'histoire du droit international.

C'est à l'école allemande avec Eichhorn, de Waechter, Schœfner, Huber, et surtout à Savigny que reviennent l'honneur d'avoir créé véritablement une science du droit international. Jusqu'à eux aucune théorie juridique certaine, aucun principe directeur n'avaient été érigés ; imbus des idées féodales et coutumières, les statutaires attachent l'homme à la terre ; pour eux l'État et surtout le territoire est tout et la personne, l'individu, considéré comme un *servus terræ* ne semble devoir en être que l'accessoire. Or qu'est-ce que l'État ? c'est un

(1) On doit convenir de ce fait que Du Moulin, quoique plus large, n'allait pas jusqu'à reconnaître un effet extra-territorial à tous les statuts concernant l'état et la capacité. Il ne décidait ainsi que pour ceux qui lui semblaient conformes à *le vis juris communis*. C'est sans doute encore moins significatif que les statuts favorables ou odieux de Bartole ou de Balde. (PILLET, *Droit international privé* Paris, Pedone, 1903, p. 337.

agrégat de personnes et si l'on peut concevoir à la rigueur un Etat qui n'aurait pas de territoire, telles les tribus nomades qui s'immobilisent là où les poussent les besoins de leurs troupeaux, on ne peut accepter l'idée d'un Etat qui n'aurait pas d'individus ; (1) les lois sont donc faites pour la personne, et si la souveraineté d'un Etat sur son territoire, est la condition même de son existence, on ne peut nier que le caractère des lois qu'il édicte soient faites dans l'intérêt même des personnes qui le composent.

Savigny fait donc bon marché du caractère territorial ou extra-territorial de la loi ; il se met en face du rapport juridique qui a donné naissance au conflit et cherche à l'analyser ; ceci fait, il lui applique la loi la plus favorable, fût-elle ou non une loi étrangère. Et cette applicabilité possible d'une loi étrangère, venant faire échec au principe de la souveraineté territoriale de la loi, il l'explique non plus en vertu d'une vague entente, d'une courtoisie internationale, qui aurait toujours pour effet de mettre les parties à la discrétion d'un mouvement de mauvaise humeur de l'un ou l'autre Etat, mais en vertu du droit qu'a tout individu, toute personne sociale, de voir ses intérêts juridiques sauvegardés.

Le fond de la doctrine de Savigny consiste dans le principe suivant ; c'est lui qui le premier a eu l'idée d'une communauté de droit entre les différents peuples.

(1) WEISS, *op. cit.*, t. III, Le conflit de lois.

Quand une personne, dit-il, entre dans un rapport de droit, elle cesse d'être régie par son droit propre et tombe sous la loi particulière au rapport dans lequel elle vient d'entrer ; pour chaque rapport de droit il faut appliquer une loi spéciale.

L'objet direct et immédiat du droit, est la personne humaine, personne qui doit être envisagée soit en elle-même, soit dans les manifestations extérieures de son activité. Il faut pour arriver à la solution des conflits de lois, pour mesurer la portée des lois de l'espace, distinguer l'homme et les manifestations de son activité. Toutes les fois qu'il manifeste cette activité par la création d'un rapport de droit, ce rapport de droit a une loi qui lui est propre. Donc il y a un rapport de droit qui est propre à l'homme et à chaque rapport de droit qu'il crée. Il faut par suite déterminer le droit propre à l'homme, puis le droit propre à chaque rapport de droit qu'il peut former (1).

Le rôle du jurisconsulte en conséquence, sera double : il déterminera tout d'abord le droit particulier de la personne pour un rapport juridique déterminé par la manifestation extérieure de la personnalité consciente de l'individu ; ceci fait il lui faudra préciser la loi particulière à chaque rapport.

D'accord avec ces principes, il fallait trouver un critérium certain, un lien, qui rattachant la personne à

(1) M. Pillet à son cours.

tel ou tel élément, permit de lui appliquer la loi favorable à ses intérêts devant un rapport juridique déterminé.

Quel est le siège du rapport de droit ?

S'agit-il de ce qui touche à l'État et à la capacité des personnes, Savigny assujettit ces divers éléments à la loi du domicile ; c'est là en effet, semble-t-il, que la personne a placé le centre de ses intérêts, c'est à cette loi qu'elle s'est volontairement soumise en s'y fixant. Néanmoins la loi du domicile s'efface, si la loi nationale du juge contient une règle différente commandée par l'intérêt moral et économique du pays ; ainsi par exemple, en ce qui touche à notre matière, un sujet ottoman déjà engagé dans les liens du mariage, veut contracter dans nos pays une nouvelle union ; il est soumis pour tout ce qui regarde son état et sa capacité à la loi de son domicile, soit la loi turque ; mais il se trouve que la loi de l'État où il voudrait contracter un second mariage prohibe la polygamie ; il serait en contradiction avec une loi d'intérêt général par excellence la loi pénale ; ici donc l'intérêt particulier du sujet turc doit céder devant l'ordre public du pays où le rapport juridique doit naître. La loi du domicile « *lex domicilii* », cèdera devant la loi du juge « *lex fori* » toutes les fois qu'elle fera échec à un intérêt d'ordre public. *Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est* (1).

(1) Code de Pactus, liv. 2, t. III, § 6.

S'agit-il des droits de la personne sur les biens situés dans son patrimoine (*jura in re*), des moyens d'acquérir et de disposer, c'est à la loi de la situation (*lex rei sitæ*) que l'on doit se référer.

« Comme leur objet tombe sous nos sens et occupe
« une place dans l'espace, le lieu où ils se trouvent est
« en même temps le siège du rapport de droit dont ils
« fournissent la matière ; celui qui veut acquérir ou
« exercer un droit sur une chose se transporte avec cette
« intention dans le lieu qu'elle occupe, et pour ce rap-
« port de droit spécial, se soumet volontairement au
« droit de la localité. Ainsi donc lorsqu'on dit que les
« droits réels se jugent d'après le droit du lieu où la
« chose se trouve (*lex rei sitæ*), on part du même prin-
« cipe que lorsqu'on applique à l'état des personnes la
« *lex domicilii* (1) ».

La théorie de Savigny trouve encore des adhérents aujourd'hui ; dans la doctrine, M. Lainé est un de ses partisans le plus autorisé, à l'étranger, M. le professeur von Bar, en Allemagne, en Suisse, M. Brocher président de la Cour de cassation de Genève. Mais son critérium manque de certitude absolue ; on ne peut dire qu'il y ait là vraiment une théorie du droit international, c'est plutôt une méthode d'analyse détaillée et consciencieuse. La loi du domicile est sans doute dans bien des cas celle qui sera la plus favorable aux intérêts juridiques

(1) Savigny cité par Weiss, *op. cit.*, t. III, Le conflit de lois.

de l'individu qui peut l'invoquer en présence d'un conflit, mais à l'heure actuelle avec l'augmentation des émigrations, la facilité des déplacements d'un pays à un autre, il semble qu'il serait parfois incommode souvent même injuste de rattacher l'individu à un vague lieu d'origine qu'il a pu quitter sans esprit de retour et dans lequel il ne laisse aucun intérêt. M. Pillet se plaçant au point de vue utilitaire de la loi, dit qu'il faut avant tout rechercher son « but social » mais est-ce là une solution du problème, est-ce là un guide plus sûr dans le conflit ?

« C'est, dit-il, dans la fonction sociale de la loi qu'il faut chercher si elle peut ou non se contenter d'un certain particularisme dans son application ».

Savigny s'attachait à la nature de l'objet des lois, M. Pillet à leur but ; en quoi le but est-il différent de l'objet ? c'est répondre à la question par la question ; il restera à déterminer pour un rapport juridique donné, quel est le but social de la loi, et nous en revenons toujours à la même difficulté d'analyse.

Savigny et ses disciples n'ont pu encore se détacher totalement des idées statutaires, et cette loi du domicile à laquelle ils veulent rapporter l'état et la capacité des personnes, cette *lex rei sitæ*, cette loi du lieu à laquelle ils entendent soumettre les droits réels, cette tendance au catalogue, ce besoin d'assigner à chaque élément juridique un compartiment déterminé, qu'est-ce encore

sinon le vieux principe de division de Bartole en statuts réels et personnels ?

C'est à l'Italie, qui avait ouvert la voie et frayé les sentiers, que revient l'honneur d'avoir mis au jour la théorie définitive, celle qui à notre époque, semble le mieux satisfaire à tous les besoins.

Exposée pour la première fois à Turin en 1851 par Mancini, dans un discours célèbre, la doctrine de la personnalité fait de jours en jours des progrès dans les esprits et elle aura bientôt conquis le monde civilisé. La base de la théorie, son fondement juridique, c'est la personne ; c'est par elle en effet que l'État existe, c'est pour elle et en vue de son intérêt que les lois sont faites (et nous ne parlons pas ici du système de la personnalité tel que l'appliquaient les lois barbares) ; la loi suit la personne en tous lieux, elle n'en est pour ainsi dire que le reflet, elle fait corps avec elle, il n'y a donc plus ici de distinction entre la territorialité et l'extraterritorialité d'une loi ; sa souveraineté est personnelle et s'impose à tous les moments de la vie juridique de l'individu.

Cette loi personnelle quelle est-elle ? c'est la loi nationale. Ce système dérive d'une idée politique, émise déjà par Montesquieu, en vertu de laquelle tous les hommes unis par une communauté de race, de mœurs d'institutions et de langues sentant entre eux en un mot, « la conscience de la nationalité » doivent briser les liens factices qui les rattachent à des États divers par suite des accidents de la politique et constituer des États

nouveaux, correspondant chacun à des nations particulières. Cette théorie était particulièrement applicable à l'Italie avant que ce peuple ait réalisé son unité politique et nationale.

Le droit doit être personnel ; le droit national doit régir la personne et les biens, tels sont les deux axiômes de la doctrine. M. Lainé se demande en quoi il est permis d'affirmer que la souveraineté personnelle de l'État est la principale. Il n'y a pas en effet deux souverainetés ; la souveraineté de l'État est à la fois personnelle et territoriale. Pour M. Lainé elle est surtout territoriale. Le territoire est la base nécessaire de tout État ; seul l'État commande à ses juges d'administrer la justice, seul il exerce le pouvoir par sa force publique (1).

La souveraineté personnelle est illusoire ; elle peut donner aux nationaux des lois en pays étranger, mais elle ne leur donne pas le pouvoir de les faire respecter. Donc la souveraineté territoriale est la seule véritable.

Le tort de Mancini, nous dit M. Pillet, a été de prendre pour principe ce qui sous la plume de Montesquieu, n'a été qu'une brillante affirmation de publiciste ; on suppose que dans cette doctrine, les États modernes constituent des nations dans le sens de races séparées. Or, ce n'est pas vrai, car dit-il, de nos jours, on ne peut pas parler par exemple de la race française, de la race belge,

(1) M. Lainé à son cours.

ou de la race suisse. Ce sont des États et non des races, il y a ici une confusion absolue (1).

A ces différentes objections, nous répondrons avec notre maître, M. Weiss, que pour construire une théorie en droit international privé, il faut avant tout trouver une base solide, un élément fixe et tangible auquel il soit possible pour le juge, de rattacher l'individu. Cette base, dans la théorie italienne, c'est la nationalité. C'est là un élément bien autrement fixe que le domicile, et si parfois un individu se dénationalise, ce sont des formalités complexes qu'il lui faudra remplir, certaines conditions auxquelles il sera soumis qui rendent le changement visible aux yeux de tous les intéressés.

Ainsi donc, en présence d'un conflit déterminé, le juge appliquera la loi nationale des parties ; et cette solution est générale, qu'il s'agisse de l'état et de la capacité des personnes ou de leurs droits patrimoniaux, c'est partout et toujours la loi personnelle qui sera compétente, en face d'un conflit de législations. Cette théorie a le très grand mérite d'avoir trouvé un criterium d'application générale ; les biens sont ici assimilés aux personnes, et leur traitement est indépendant du lieu de leur situation. Nous voici donc ainsi nettement débarrassés du préjugé statutaire de la distinction des droits réels et personnels ; il n'y a plus que des droits personnels, c'est

(1) PILLER, Cours 1904, Pédone, édit. *Principes de Droit international privé*, Paris, 1903.

la personne qui seule est sur la scène juridique, c'est pour elle seule que la loi existe.

Mais cette loi est-elle toujours et partout applicable ? non, toute règle comporte des exceptions, et c'est là que les adversaires de la théorie italienne ont trouvé leurs plus solides arguments.

La loi réputée légitimement compétente, doit s'effacer quand son application est compromettante pour la sécurité publique, sociale ou économique de l'État sur le territoire duquel elle devait se faire, en tant qu'elle est en opposition avec les principes essentiels admis par le pays où le conflit est né et qui forment suivant une expression consacrée son « ordre public ». Deux exceptions viennent encore s'ajouter, celles qui résultent de la maxime « *locus regit actum* » et du principe de l'autonomie de la volonté.

Les règles légales intéressant l'ordre public international sont en effet contrairement à la théorie de Mancini essentiellement territoriales ; c'est là une conséquence de la souveraineté de l'État qui les édicte dans l'intérêt général de ses nationaux ; la maxime exposée, autorise toute personne à faire un acte juridique suivant les formes prescrites par la loi du lieu où la personne se trouve ; enfin, en matière de lois interprétatives, la loi des parties est souveraine et sera compétente celle à la quelle elles auront entendu se soumettre (1).

(1) WEISS, *Traité de Droit international privé*, t. III, Le conflit de lois.

Telle est dans ses grandes lignes l'évolution de la doctrine du droit international privé, et l'exposé des théories qui ont contribué au développement d'une science actuellement en pleine activité.

Prendre parti pour l'une ou l'autre de ces théories, s'attacher à telle ou telle école, déterminer une ligne directrice, c'est là une tâche que nous ne pouvons entreprendre ; beaucoup s'y sont essayés et de tous temps le conflit de lois a passionné la doctrine et la critique. S'il nous est permis toutefois d'émettre une opinion, c'est la théorie de la personnalité qui aurait nos préférences, comme répondant aux nombreux besoins de la pratique internationale.

Assurer à chaque individu sur l'étendue du globe le bénéfice de sa loi nationale c'est le faire entrer dans la grande « famille internationale », c'est renonçant au principe égoïste de la souveraineté territoriale, lui permettre de participer à notre vie juridique intérieure, en lui accordant la reconnaissance de tous ses droits en tant qu'ils ne sont pas contraires à nos intérêts nationaux, c'est assurer la bonne entente des nations et le développement du commerce international.

Mais combien de législations aujourd'hui même ont accepté ce principe libéral, combien ont renoncé dans un esprit de sacrifices à leur droit souverain. Le code italien a largement ouvert la voie ; le code civil français de 1804 avait déjà soumis à la loi personnelle, c'est-à-

dire à la loi nationale l'état et la capacité des personnes.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

Mais les biens restaient encore sous le régime de la *lex loci*.

« Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ».

Le code italien semble ne plus faire aucune distinction entre la personne et le patrimoine ; s'agit-il d'une succession immobilière, c'est la loi nationale du défunt qui s'applique (art. 8, C. civ. italien), et non pas comme en France la *lex loci*.

Cette tendance à la loi personnelle, à la loi nationale, s'affirme de jour en jour : en 1880 l'Institut de droit international avait déjà émis le vœu de soumettre à cette loi tout ce qui touche à l'état et à la capacité des personnes.

« L'état et la capacité d'une personne sont régis par la loi de l'État auquel cette personne appartient par sa nationalité ; lorsqu'une personne n'a pas de nationalité connue, son état et sa capacité sont régis par les lois de son domicile ».

C'est à cette loi qu'en dernière rédaction s'est attaché le code civil allemand (*Einführungsgesetz*) : ce principe fut encore voté à la conférence de la Haye qui décida dans son protocole final.

« Art 1. — Le droit de contracter mariage est réglé
« par la loi nationale des futurs époux, à moins qu'une
« disposition de cette loi ne se réfère expressément à
« une autre loi ».

Le 12 Juin 1902 le projet sur le mariage a été converti en traités formels ; furent signataires les pays suivants : Allemagne, Autriche-Hongrie, Belgique, Espagne, France, Italie, Luxembourg, Portugal, Roumanie, Suède et Suisse (1).

Les autres pays comme l'Angleterre, le Danemark, la Russie, s'en tiennent encore pour des raisons de tradition et de coutumes, au principe de territorialité absolue ; ou à celui du statut personnel déterminé par le domicile ; mais il est permis d'espérer qu'au moyen de conventions et de traités avec les différents États, ils trouveront aussi un terrain d'entente.

(1) *Actes de la conférence de La Haye*, p. 237, La Haye, imprimerie nationale, 1900.

CHAPITRE II

7 DE LA LOI APPLICABLE AU CONFLIT

Deux Français se marient en pays étranger, deux étrangers se marient en France, un français épouse une étrangère, la loi personnelle des conjoints peut être très différente de celle du lieu de la célébration, en ce qui concerne les conditions intrinsèques de validité du mariage, la loi du futur époux peut être souvent contraire à celle de la future épouse, contenir d'autres dispositions, imposer d'autres conditions notamment en ce qui touche la capacité pour le contracter ; de là une foule de conflits probables ; à quelle loi se référer ? sera ce celle du lieu où le procès s'engage (*lex fori*), celle du domicile, celle du lieu où le contrat a pris naissance, (*lex loci actus*), ou enfin, la loi nationale des parties se: a-t-elle compétente ?

Ce sont là autant de questions auxquelles ont dû répondre les diverses législations, nous verrons qu'elles ne sont pas d'accord sur la solution à leur donner.

Notre droit lui-même n'a pas toujours eu en cette matière, des conceptions identiques.

SECTION I**Ancien droit.**

Si nous voulons rechercher dans notre ancienne jurisprudence quelle était la loi applicable en matière de conflit sur la question du mariage, nous serons très étonnés de ne rencontrer que de rares espèces sur lesquelles nos anciens Parlements ont été amenés à se prononcer. Et tout d'abord il n'y avait pas conflit de coutumes, et si, sur une question voisine de la nôtre, sur la « famosissima quæstio » des rapports pécuniaires dans le mariage, des époux entre eux, il y a des décisions et des discussions nombreuses, si l'on ne sait de quel statut réel ou personnel, les faire dépendre, sur l'acte du mariage lui-même, sur ses conditions, sur ses effets, il n'y a rien ou presque rien.

D'où vient cette lacune de notre ancienne jurisprudence, ce désintéressement absolu ? Le mariage était à cette époque, un acte essentiellement religieux ; et comme tel soumis à une loi internationale par excellence, la loi canonique ; les conflits de coutumes étaient supprimés, l'Eglise catholique bénissait également tous les mariages, en Normandie comme dans l'île de France, ou en Bretagne, les futurs étaient soumis aux mêmes conditions d'âge et de capacité, aucun conflit n'était possible. Aussi les seules espèces que nous trouvons dans nos anciens recueils, sont relatives à des conflits avec

une loi étrangère et l'on peut dire d'une façon générale, sur la question qui nous occupe, que nos Parlements donnaient compétence à la « *lex loci celebrationis* ».

Dans une première espèce du 26 mars 1624, un Français, sans le consentement de ses parents avait épousé, en Lorraine, alors territoire étranger une fille de ce pays (1).

Dans une seconde espèce du 26 Juin 1634, un Français, un sieur du Bail avait épousé en Savoie une femme nommée Marie le Merle savoyarde contrairement à la volonté de sa mère qui était française.

Dans une troisième espèce soumise au Parlement de Provence le 11 Juin 1662, un jeune homme de famille française avait épousé une veuve d'Avignon, au mépris de certaines formalités et notamment contre le gré de son père (2).

Dans les trois espèces que nous venons de rapporter, les différents Parlements de Paris ou de Provence, refusèrent de prononcer la nullité du mariage, qui, disaient-ils, était valable comme étant conforme à la *lex loci celebrationis*.

Dans notre législation actuelle, le consentement des parents est une condition intrinsèque du mariage, un empêchement dirimant au moins sous certaines réserves en ce qui concerne les actes respectueux, et comme tel il est régi par le statut personnel des époux. Notre

(1) *Journal des audiences*, t. I, liv. 1, ch. 24.

(2) BOUHIER, *Observ. sur la coutume de Bourgogne*, ch. 28, p. 774.

ancienne jurisprudence faisait donc une confusion entre les conditions de fond du mariage ; les unes comme les autres étaient soumises à la loi du lieu « *locus regit actum* » ; et poussant jusqu'au bout le principe, le Parlement de Paris en 1740 alla même jusqu'à valider un mariage entre catholiques français, célébré en Angleterre, avec le ministère d'un pasteur protestant et sans la présence du curé, requise par le concile de Trente ; c'était dans ce dernier cas faire la confusion complète, il s'agissait là en effet d'une solennité, condition de fond du mariage.

Toutefois cette jurisprudence très nette des Parlements avait le grand avantage d'éviter des difficultés pratiques d'interprétation, qui résultaient de l'extrême diversité des lois et des coutumes.

« Il arriverait un prodige et un monstre » disait le journal des audiences à propos de l'arrêt de 1624, « si le mariage était bon et valable en Lorraine et l'enfant légitime, en France un concubinage et l'enfant bâtard » (1)

En appliquant la « *lex loci celebrationis* », nos anciens Parlements semblent avoir obéi à des conditions d'ordre public très générales. « Le mariage étant du droit civil de chaque nation », disait Boullenois, « par rapport aux formalités et aux conditions que chaque pays exige, il

(1) WEISS, *op. cit.*, Le conflit de lois.

« est bon et valable dans tous autres dès qu'il a été une fois valablement contracté dans un pays » (1).

Est-ce à dire, qu'en vertu de cette règle, la voie serait ouverte à toutes les fraudes, pourrait-on sur un simple caprice, ou pour se soustraire aux exigences de sa propre loi, contracter une union à l'étranger et en réclamer les effets en France ? — Non, l'ancien droit héritier du droit romain et du droit canonique, repoussait une telle conséquence : « *fraus omnia corrumpit* » disaient nos anciens jurisconsultes, et ici comme ailleurs, la loi territoriale était respectée (2).

La « *lex loci* » en effet, n'est plus applicable quand des époux français vont à l'étranger pour se soustraire aux exigences de leur loi nationale, c'est-à-dire de leur loi personnelle (3).

(1) BOULLENOIS, *Traité des statuts*, ch. 3, § 23.

(2) V. un arrêt de la Grande Chambre du Parlement de Paris du 5 janvier 1700 qui cassa le mariage du duc Henri de Guise avec Honorée de Berghes comtesse de Bossu, célébré à Bruxelles sans la permission du roi.

(3) Pothier nous parle des mariages conclus à l'étranger, et il est formel en ce qui concerne la fraude :

« En vain dirait-on que la forme des contrats se règle par les lois du lieu où ils se passent ; que le mariage n'étant pas fait en France, mais en pays étranger, les futurs n'ont pas été obligés d'observer les lois prescrites en France, pour la forme de leur mariage. La réponse est que la célébration du mariage en face de l'Eglise par le propre curé n'est pas une pure forme d'acte, c'est une obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties y sont sujettes et ne peuvent se soustraire en allant par fraude se marier en pays étranger. »

POTHIER, *Traité du mariage*, n° 353 ; V. Émile SHOCQUART, *op. cit.*

Boullenois d'ailleurs nous dit pour le mariage du mineur, en ce qui concerne sa capacité : « La minorité
« dans nos mœurs, rend le mineur incapable de con-
« tracter mariage sans le consentement de ses père et
« mère ou de son tuteur. Cette incapacité affecte le
« mineur et elle se prend du domicile qui n'est pas le
« lieu où il se transporte, mais celui de ses parents. En
« cas de conflit, ç'aurait été par la loi de France qu'il
« eût fallu décider la question.

Boullenois se montre ici hardi novateur ; il fait présenter la théorie de la loi personnelle. L'état et la capacité des individus ne doivent donc pas s'apprécier suivant la loi du lieu où le contrat s'est formé, mais bien d'après leur loi personnelle.

« Je ne sais », disait encore ce même Boullenois, si
« pour échapper à tous les cris de M. d'Argentré
« contre M. Charles Dumoulin, il n'eût pas été plus
« court et plus convenable, sans recourir à la présomp-
« tion d'une convention et d'une soumission dont il ne
« paraît aucune trace, de regarder les statuts de la com-
« munauté et de la non-communauté comme des lois qui
« affectent les conjoints d'un état et d'une condition
purement personnelles ».

N'est-ce pas confondre les statuts réels et les statuts personnels, que d'émettre une telle opinion ! L'article 6 du code civil italien, qui a posé le principe de la théorie de la personnalité n'ajoute rien de plus quand il dit : « L'état et la capacité des personnes et les rapports

« de famille sont réglés par la loi de la nation à laquelle
« elles appartiennent »

La base seule était différente : dans l'ancien droit la personne était dépendante du statut de son domicile, actuellement c'est sa loi nationale, qui régit les questions concernant son état et sa capacité.

Quoiqu'il en soit, malgré cette fenêtre ouverte par Boullenois sur les théories modernes, c'est bien le principe de la réalité et celui de la territorialité qui dominent notre ancienne jurisprudence. Ne pouvant faire dans le mariage le départ des conditions intrinsèques ou conditions de fond (capacité, âge, consentement des parents) et des conditions extrinsèques ou de forme, c'est à la loi du lieu en face d'un conflit, que renvoyaient nos Parlements. La règle *locus regit actum* semblait avoir pour eux une application générale, et l'on peut dire qu'ils usaient et abusaient de cette formule commode ; sans prendre garde à l'acte lui-même, à son caractère subjectif et personnel, ils n'en considéraient que le résultat, et ne pouvaient séparer l'acte juridique, le contrat lui-même de ses éléments de formation et des conditions qui devaient y présider.

SECTION II

Le Code civil.

Les conditions de fond du mariage, sont celles qui concernent l'aptitude à pouvoir se marier soit en général,

soit avec telle personne déterminée. Cette aptitude à accomplir cet acte particulier, le mariage, n'est qu'une manifestation de la capacité générale ; or en France dans notre loi, l'état et la capacité des personnes font partie de leur statut personnel, et sont régis par la loi nationale. Cela résulte d'une façon générale de l'alinéa 2 de l'art. 3 du code civil.

« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ».

et plus spécialement en ce qui concerne le mariage de nos nationaux de l'art. 170.

« Le mariage contracté en pays étranger entre Français, entre Français et étrangers, sera valable, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'art. 63, au titre des « Actes de l'Etat civil » et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent » (c'est-à-dire aux conditions de fond imposées par notre loi pour la validité du mariage).

Le Français est donc soumis à sa loi nationale, pour toutes les questions qui intéressent son état et sa capacité, c'est-à-dire d'une façon générale sur aptitude à faire tel ou tel acte juridique.

Bien que le code civil ne dise pas en termes formels, que l'état et la capacité des étrangers en France sont régis par leur loi nationale, il n'en est pas moins certain, et c'est la doctrine généralement admise aujour-

d'hui, que ses auteurs ont entendu soumettre les étrangers à cette loi. Cela résulte de l'ensemble des dispositions de l'art. 3, et du silence qu'il a gardé sur la question qui nous occupe. La première règle consacrée par notre article est que les étrangers qui habitent le territoire sont soumis aux lois de police et de sûreté. Par ces dernières il faut entendre d'une façon générale les lois pénales, lesquelles on ne peut enfreindre sans compromettre l'ordre public et le bon ordre social nécessaire à la sûreté de l'État. La seconde déclare que les immeubles possédés par des étrangers sont soumis à la loi française ; c'est cette disposition qui a fait dire de l'article 3 qu'il consacrait la théorie des statuts ; la troisième enfin déclare que les Français pour tout ce qui concerne leur état et leur capacité sont soumis à la loi française même à l'étranger ; mais elle ne parle nullement de ces étrangers, elle les ignore et ce que l'on peut conclure du silence que la loi semble avoir volontairement gardé, c'est qu'en France les étrangers ne sont pas soumis à la loi française pour les questions intéressant leur état et leur capacité. Pour affirmer le contraire il faudrait un texte formel qui n'existe pas dans la loi ; il est plus naturel de reconnaître que par un principe de réciprocité dont on trouve dans notre code lui-même une application (art. 11), la loi nationale des étrangers est compétente pour fixer leur statut personnel.

C'est un principe aujourd'hui universellement admis que les dispositions légales relatives à l'état et à la capa-

citée des personnes dépendent d'une législation unique qu'on appelle statut personnel ou loi personnelle. Le but même poursuivi par des dispositions de cette nature, implique que pour être efficaces, ces lois protectrices doivent voir leur autorité reconnue en tous pays ; aussi depuis longtemps tout le monde est d'accord sur la portée extraterritoriale de la loi personnelle (1).

Nous venons de voir qu'en France cette loi, c'est la loi nationale.

Cette règle sur l'état et la capacité des personnes, et particulièrement en matière de mariage (2) semble devoir être admise actuellement dans presque toutes les législations, des nations civilisées. Certaines d'entre elles la prévoient d'une façon précise dans leur loi positive : et si d'autres telles que l'Angleterre ou les États-Unis d'Amérique, le Danemark, les pays scandinaves, certaines Républiques de l'Amérique du Sud, s'en tiennent à la loi du domicile ou au statut réel, on peut affirmer sans crainte que la loi nationale fait chaque jour de nouvelles conquêtes ; elle étend ses ondes concentriques sur tous les peuples (3).

(1) V. J. CLUNET, 1907, p. 797.

(2) V. LYON, 18 janvier 1894 ; J. CLUNET, 1894, p. 4024 ; V. J. CLUNET, 1899, p. 503, 1898, p. 911.

(3) C'est pour l'adoption de cette loi d'une façon générale dans le code civil allemand que s'était prononcé M. de Bar. « Dans tout ce qui ne dépend pas de l'interprétation de la volonté des parties, écrit-il, la loi du domicile sera remplacée par la loi nationale. Mais à raison des divergences qui peuvent exister ou qui pourront éventuellement se produire entre les lois des divers États allemands

Dans les contrats ordinaires la volonté des parties leur sert de loi souveraine (C. civ. art. 1134) ; le mariage encore que sa base soit le consentement libre des époux, relève de la loi supérieure de la Société civile. Il ne doit pas dépendre des futurs d'en déterminer la loi ; le statut personnel est comme une empreinte de race qui nous suit en tous lieux, il doit s'identifier avec la loi nationale obligatoire. Les Italiens ont fait une application très nette de ce principe et d'une façon plus générale que celle de notre loi, (art. 3-170, C. civ.).

L'art. 100 du code civil italien dispose en effet : « Le mariage contracté en pays étranger entre citoyens, ou entre un citoyen et un étranger est valable pourvu qu'il ait été célébré suivant les règles établies dans ce pays et que le citoyen n'ait pas contrevenu aux dispositions contenues dans le chapitre 1, section 2, du présent titre (c'est-à-dire aux conditions de fond du mariage).

L'art. 102 § 1 dispose :

« La capacité de l'étranger pour contracter mariage est déterminée par les lois du pays auquel il appartient.

(provinces du même État, etc.), on appliquera la loi du domicile de l'Allemand dans l'empire d'Allemagne; et, en ce qui concerne le droit personnel de l'étranger, si différentes lois coexistent dans l'État de cet étranger, on appliquera la loi intérieure de l'État auquel il appartient. »

L. VON BAR, *Du conflit entre la loi du domicile et la loi de la nationalité*, J. Clunet, 1895, p. 31.

Le code romain inspiré de notre code civil proclame le même principe, qui est admis d'une façon générale par toutes les nations latines.

Le code civil allemand de 1900 l'a affirmé d'une façon toute particulière dans sa loi d'introduction ; et rompant avec la théorie du domicile, chère à Savigny, il a proclamé le principe de la nationalité comme base du statut personnel (1).

« Art. 7. — La capacité de contracter d'une personne
« est jugée d'après les lois de l'État auquel appartient
« cette personne ».

« Art. 13. — La conclusion d'un mariage même lors-
« qu'un seul des futurs est Allemand se règle par rap-
« port à chacun des futurs, d'après les lois de l'État
« auquel il appartient. Il en est de même des étrangers
« qui contractent mariage en Allemagne ».

Le Japon suit les mêmes règles dans son code civil de 1890 (2).

« Art. 3. — L'état et la capacité d'une personne, sont
« régis par sa loi nationale ».

Depuis 1894, le même système est adopté en Hongrie.

La loi du domicile cesse désormais d'être prépondérante quand il s'agit de déterminer la condition juridique, l'état et la capacité des personnes.

(1) *Le Droit international privé dans le nouveau Code civil allemand* ; J. Clunet, 1898, p. 883.

(2) *Le Droit international privé au Japon*, S. Yamada ; J. Clunet, 1901, p. 639.

Actuellement encore, toutefois toutes les législations n'admettent pas la nationalité comme fondement du statut personnel ; certains pays s'en tiennent toujours au statut réel, à la *lex loci celebrationis*, d'autres à la *lex fori*, à la loi du juge saisi du conflit, d'autres enfin, au statut personnel en donnant compétence à la loi du domicile.

Chaque nation est naturellement portée à envisager ses dispositions de droit interne comme les meilleures ; il paraît commode pour le juge en présence d'un conflit, d'appliquer aux parties les dispositions de sa propre loi, celle qu'il connaît, celle qu'il a l'habitude de manier. Certains pays en matière d'état et de capacité en ce qui concerne les droits de famille ne connaissent qu'une loi, la leur ; ils exigent de leurs nationaux à l'étranger, l'observation de la loi nationale ; aux étrangers, dans les limites du territoire, ils imposent l'observation de la loi locale, de telle sorte que toujours c'est leur propre loi qui s'applique : c'est bien là le principe de la territorialité absolue, qui a fait naître tant de conflits insolubles en mettant aux prises nécessairement deux lois également souveraines et incompatibles.

Ce principe est encore suivi par les pays dont la législation matrimoniale a un caractère essentiellement religieux, dans lesquels le mariage est encore considéré comme un Sacrement, où en conséquence, la nécessité de soumettre l'union conjugale à une loi canonique, est plus qu'une forme, mais devient une condition intrinsèque et obligatoire du mariage.

Il en est ainsi notamment en Russie (1) :

L'article 1007 du Svod, tome IX, dispose :

« Les étrangers peuvent s'obliger valablement par contrats, pactes et conventions, tant envers leurs nationaux qu'avec les sujets du pays ; toutefois, ces actes, pour acquérir force légale en Russie doivent répondre quant à leur fond et à leur forme aux exigences des lois russes.

L'article 61, tome X du Svod, dispose :

« Il est permis aux personnes des diverses confessions chrétiennes, de contracter mariage en Russie d'après les règles et les rites de leur Église, sans requérir au préalable le consentement de l'autorité civile, sauf à observer les prescriptions des lois russes relatives au culte de leur religion ».

Que conclure de la lecture de ces deux articles de la loi russe ? Il y a bien là, semble-t-il, une application du principe de territorialité absolue ; de quelque côté que l'on veuille se tourner, Russes à l'étranger, étrangers en Russie, sont toujours soumis aux exigences de la loi territoriale. Aussi, les difficultés naissent-elles sans nombre. Particulièrement en notre matière, les étrangers sont soumis à la loi russe pour les conditions de fond du mariage ; ils sont aussi obligés de se conformer aux prescriptions de leur statut personnel ; souvent c'est leur loi nationale, nous l'avons vu qui est compétente dans de nombreuses législations. Que les deux lois soient

(1) V. J. CLUNET, 1902, Mandelstamm, p. 140.

incompatibles, et c'est généralement le cas, on voit à quelle situation instable en sont réduites les parties. Si elles satisfont aux conditions de leur pays d'origine, mais ne sont pas en règle avec la loi du lieu de célébration du mariage, elles risquent de voir leur union, valable dans leur patrie, déclarée nulle en Russie, et réciproquement, des Russes qui vont se marier à l'étranger, peuvent voir leur union frappée de nullité en Russie comme étant contraire à leur statut territorial.

C'est à ce propos que désireux d'éviter des conflits avec le gouvernement allemand, le ministre des affaires étrangères écrivait au procureur du Saint Synode : « Afin d'éviter des embarras, il faut se mettre en rapport avec le gouvernement allemand, à l'effet d'obtenir que les mariages civils préalables ne soient pas autorisés au degré de parenté constituant un empêchement d'après les règles de l'Eglise orthodoxe (1) ».

La même situation nous apparaît en Hongrie, où la loi religieuse régit non seulement la forme de la célébration, mais détermine encore les conditions de capacité requises pour contracter mariage (2)

En Serbie et en Bulgarie, le mariage religieux est seul admis, et on ne voit pas comment des étrangers, ressortissant d'un pays où le mariage civil est le mariage légal (par exemple en France, en Allemagne ou en Italie),

(1) V. J. CLUNET, 1902, p. 244.

(2) V. *Actes de la Conférence de La Haye* 1893, p. 39.

pourraient obtenir des autorités compétentes, la célébration de leur union selon leur droit civil.

La législation du Chili nous offre à cet égard une particularité curieuse ; si les Chiliens se marient à l'étranger, leur loi les suit en quelque lieu qu'ils contractent mariage ; mais si les étrangers viennent se marier au Chili, ce sont les dispositions de la loi locale qui leur sont imposées (1).

Les étrangers sont soumis au Brésil aux conditions de fond de la loi brésilienne, en vertu du décret du 24 janvier 1890 (1).

La *lex loci celebrationis* était encore appliquée dans la jurisprudence anglo-américaine jusqu'à ces dernières années. Le mariage selon cette théorie, était valable conformément à l'adage *locus regit actum* ; mais moins scrupuleux que nos Parlements en ces matières, les tribunaux anglais faisaient l'application du principe même au cas de fraude, c'est-à-dire même lorsque les futurs

(1) FABRES, *Le Droit international privé dans la législation du Chili* ; J. Clunet, 1887, p. 146.

(2) En ce qui touche le Brésil, il y a un projet de Code civil depuis le mois d'avril 1899, époque à laquelle M. le docteur Clovis Bevilacqua, professeur de législation comparée à la faculté de droit de Récipe (Pernambuc), se mit à l'œuvre de l'élaboration d'un Code civil qui lui était demandé par le Gouvernement.

Art. 22 du projet.

« La capacité des personnes et leurs droits de famille sont régis par leur loi nationale (*A lei nacional da pessoa rege a sua capacidade e os seus direitos de familia*). V. SOLIDARIO LEITE, *Le Projet du Code civil du Brésil en droit international privé* (*Revue de Droit international privé*, 1906, p. 378.)

avaient sciemment et volontairement eu dessein d'échapper aux exigences de leur loi nationale. Ils considéraient donc comme valable le mariage d'un mineur français célébré en Angleterre sans le consentement de ses parents. En faveur de ce système, le mariage disait-on est un contrat et comme tel il est valable, s'il est conforme à la loi du lieu des parties. Les Anglais faisaient d'ailleurs contre eux-mêmes l'application de leur principe et qui ne connaît l'histoire de ce forgeron de Gretna-Green, premier village de la frontière de l'Écosse dont la loi était plus humaine aux jeunes amoureux anglais soucieux d'échapper aux rigueurs de leur propre loi.

C'est dans le sens de *la lex loci* que décida le juge Creswell au sujet du mariage de deux Français en Angleterre (1) ; c'est aussi dans ce sens qu'en 1878 dans l'affaire Niboyet, le « Master of Roles » déclarait « que la validité du mariage en Angleterre de deux Français domiciliés en France, devait être appréciée suivant la loi du lieu de la célébration ».

Dans l'affaire Sinclair Lord Stowell disait : « The validity of marriage however must depend in a great degree on the local regulations of the country where it is celebrated (2) »

Mais est-il vrai de dire qu'aujourd'hui encore en Angleterre, c'est la loi du lieu. *lex loci actus*, qui est

(1) LAINÉ, *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique* ; J. Clunet, 1896, p. 481-491.

(2) DIGBY, *Conflicts of Law*, p. 395.

compétente en matière de conflit ? D'après Dicey, le lieu de l'acte a fait place au domicile, le statut réel au statut personnel. Cette évolution de la jurisprudence anglaise n'est pas ancienne, et M. Lainé ne pense pas qu'elle soit définitivement établie, c'est-à-dire que la loi du domicile soit fixée dans la législation anglaise en tant que base du statut personnel (1).

Dans un procès célèbre, l'affaire Sotlo Mayor, contre de Barros, le juge sir Phillimore affirmait encore qu'en ce qui touche les empêchements au mariage pour cause de parenté, il fallait apprécier le droit de contracter d'après la loi du lieu du mariage et non d'après le domicile des époux. Il s'agissait dans l'espèce de deux Portugais cousins-germains, domiciliés en Angleterre, aux quels leur statut personnel interdisait le mariage. En vertu de la *lex loci*, de la loi anglaise, leur mariage fut déclaré valable en première instance ; mais cette décision des premiers juges fut attaquée. L'affaire fut portée devant la Cour d'Angleterre, où dans son arrêt du 28 novembre 1871, le juge Cotton affirma « que la question de « capacité personnelle requise pour figurer à un contrat « doit être résolue d'après la loi du domicile »

Le mariage fut maintenu d'après cette nouvelle jurisprudence non plus en vertu de la « *lex loci actus* », qui n'affecte pas la condition personnelle des époux mais conformément à la loi de leur domicile (2).

(1) LAINÉ, article cité ; J. Clunet, 1896.

(2) LAINÉ, J. Clunet, 1896, p. 486, *loc. cit.*

C'est en faveur de cette loi que se prononcèrent les tribunaux anglais dans l'affaire de Lord Russell. Divorcé dans l'état de Nevada, il s'était remarié valablement, pensait-il, avec une américaine ; mais de retour en Angleterre, son mariage ayant été attaqué, en 1901, la chambre des Lords déclara que, considéré comme étant domicilié en Angleterre, son second mariage était nul, et il fut condamné comme bigame (1) (2).

La loi du domicile trouve encore son application en Autriche au mariage contracté par des étrangers.

L'art. 34 du code civil autrichien dispose :

« La capacité juridique des étrangers doit en général
« être appréciée d'après les lois qui sont en vigueur au
« lieu du domicile de l'étranger, ou à défaut d'un domicile réel d'après celles dont il relève à raison de sa
« naissance et de sa nationalité, à moins que les lois n'en
« aient ordonné autrement dans des cas particuliers »

Mais il faut remarquer que la loi autrichienne reconnaît à la loi nationale toutes les qualités requises pour

(1) V. *Bulletin de la jurisprudence anglaise*, Londres, 29 mars 1901 ; *le Temps*, 31 mars 1901 ; J. Clunet, 1901, p. 192.

(2) L'affaire Bozelli, cf. Husey Hunts est particulièrement intéressante comme application de la jurisprudence anglaise de la loi du domicile. Il s'agissait d'une femme veuve de son beau-frère ; le mariage fut déclaré valable en Angleterre contrairement à la *lex fori*, parce que les époux étaient au moment de leur mariage domiciliés en Italie. Haute Cour, 20 février 1902 ; J. Clunet, 1903, p. 192. Cf. Brook Brook, époux domiciliés en Danemark.

être apte à déterminer le statut personnel des Autrichiens en pays étranger (1).

Le système du domicile prévalait encore dans les Républiques du Sud-Amérique et c'est à cette loi que se sont rattachées celles qui ont pris part au congrès de Montevideo 1888-1889 (2).

La Suisse suit encore la loi du domicile. « Dans l'état actuel de la législation suisse, disait M. Meili à la conférence de la Haye dans sa séance du 30 Juin 1900, c'est la loi du domicile qui domine dans les conflits du droit international et intercantonal. C'est à titre d'exception que la loi nationale est acceptée ou plutôt est tolérée. Les dispositions qui déterminent cette situation sont les suivantes (3) :

En premier lieu l'article 46 de la Constitution fédérale ainsi conçu :

« Les personnes établies en Suisse, sont soumises
« dans la règle à la juridiction et à la législation du lieu
« de leur domicile en ce qui concerne les rapports de
« droit civil ».

(1) V. *Tribunal d'appel de Vienne*, 14 janvier 1896; J. Clunet, 1897 p. 1067; V. *Cour suprême d'Autriche*, 22 avril 1897; J. Clunet, 1898, p. 942.

(2) V. l'art. 1 du traité sur le droit civil international conclu entre les Républiques de l'Uruguay, de la Bolivie et du Paraguay, où se trouve consacrée la règle que la capacité des personnes doit être régie par la loi du domicile. *Actes du Congrès*; J. Clunet, 1896, p. 440.

(3) *Actes de la Conférence de La Haye*, 1900, p. 83.

Secondement la loi Fédérale du 15 Juin 1891, sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

La loi danoise et celle des pays scandinaves décident également que le statut personnel est régi par le domicile. C'est en vertu de ce principe qu'à la même conférence la Suède et la Norwège demandaient qu'il fût fait une concession à cette loi.

« Il paraît être bien douteux, dit la note présentée à la conférence, si pour la Norwège, serait utile et désirable l'adoption du principe d'après lequel la nationalité et non pas jusqu'à présent le domicile aura à déterminer quelle loi doit régir les relations juridiques en matière du droit des personnes. A notre avis, le principe du domicile s'est généralement montré convenir utilement à notre pays et aux relations de ses habitants, et ce principe a aussi dans beaucoup de cas influé sur la substance des dispositions en question (1) »

En Suède, le principe général de la capacité est que les Suédois sont régis par le droit suédois et les étrangers domiciliés en Suède, par la loi du domicile (sauf exception de la loi de 1880).

En ce qui concerne la capacité de contracter mariage par principe général, la loi et la jurisprudence suédoises attribuent la compétence à la *lex loci celebrationis* (2).

Si l'on examine attentivement les rapports qui ont été

(1) *Actes de la Conférence*, Note du département de la Justice de Norwège, La Haye, 1900, p. 178.

(2) SICORE, Sur un article de M. Buzzati; J. Clunet, 1900, p. 1010.

faits à la conférence de la Haye, si l'on suit les discussions qui ont abouti au protocole final de 1900 sur le mariage, il est facile de se rendre compte que les représentants des différentes puissances ont eu à opter, en ce qui concerne les conditions de fond de validité du mariage entre deux lois rivales, la loi du domicile et la loi nationale qui se disputaient également l'honneur de régler le statut personnel des futurs conjoints (1).

Quelle est la loi qui en définitive a prévalu ?

L'article premier du protocole final de 1900, qui fut le 12 Juillet 1902, transformé en traité formel aboutit on peut le dire à un compromis.

Il décide en effet :

« Le droit de contracter mariage est réglé par la loi
« nationale de chacun des futurs époux, à moins qu'une
« disposition de cette loi ne se réfère expressément à
« une autre loi ».

(1) M. Asser résume ainsi les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de la nationalité.

a) La notion de domicile manque de précision, il est souvent difficile de déterminer où est le domicile d'une personne, c'est-à-dire sa résidence principale, le centre de ses affaires ; on se demande si une même personne ne peut pas avoir deux ou plusieurs domiciles.

b) En fait, la règle habituelle et générale est que toute personne est citoyenne du pays où elle est née. La plupart des lois, concernant l'état et la capacité, sont en rapport intime avec le climat, le sol, les particularités du pays et de la race. Il est désirable en conséquence que les personnes, nées dans le pays soient soumises à ces lois d'une manière permanente.

V. Albéric ROLIN, *Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code civil*, t. I, p. 251.

Les critiques n'ont pas manqué à cet article ; la plus grande que l'on puisse lui faire, c'est qu'il consacre une déplorable erreur dans la science du droit international privé, nous voulons parler de la théorie du renvoi.

L'idée que la conférence avait voulu exprimer dans la réserve qu'elle fait, était que dans le cas où les futurs époux appartiennent à un pays dont la législation permet à ses sujets de contracter mariage à l'étranger, suivant la loi du domicile (comme au Danemark) ou même suivant celle du lieu de la célébration (comme en Suisse), il convient d'en tenir compte sans pour cela écarter le principe de la loi nationale qui est consacré dans la première partie de l'article premier. On peut en conséquence dans les pays contractants déclarer valable le mariage conforme à l'une ou l'autre de ces lois, sans pour cela considérer comme nul le mariage conforme à la loi nationale des futurs époux (1). Ceci posé, qu'est-ce au juste que la théorie du renvoi ? c'est là une des questions les plus fameuses du droit international privé.

L'état et la capacité des étrangers sont régis en France par leur loi nationale, c'est la conséquence que nous avons tirée de l'examen de l'art. 3, et des principes généraux. Supposons que dans le pays d'origine de cet étranger, c'est la loi du domicile qui règle le statut personnel, les tribunaux français saisis du litige appliqueront-ils au conflit la loi nationale, c'est-à-dire les dis-

(1) A. LAÏNÉ, *La Conférence de la Haye*, J. Clunet, 1901.

positions internes de cette loi, ou au contraire s'en référant à la loi du domicile, appliqueront-ils par renvoi la loi française ? ou pour formuler le principe d'une manière abstraite ; lorsqu'une loi soumet un étranger à la loi étrangère, sa loi nationale par exemple, ce renvoi doit-il être entendu comme un renvoi au droit interne de l'étranger, ou doit-il être entendu comme un renvoi au système de droit international privé de l'étranger ?

Dans la doctrine Westlake et de Bar se sont montrés partisans de la théorie ; la théorie du renvoi est-il dit, présente l'avantage de faire résoudre le conflit par la même loi dans le pays où il se présente et dans celui à la législation duquel le renvoi est fait et ainsi le jugement rendu dans l'affaire par la juridiction de l'un de ces deux pays ne trouve dans l'autre aucune difficulté d'exécution. Les jugements français rendus conformément à cette pratique seront facilement à l'étranger revêtus de l'exequatur. C'est en effet un avantage, mais on n'observe pas qu'il est obtenu au prix d'une grave conséquence. Les tribunaux du pays de renvoi, sont obligés en effet quand il s'agit d'étrangers, de sanctionner une solution du conflit différente de celle que leur propre loi leur impose quand il s'agit de nationaux.

La jurisprudence française a longtemps consacré le renvoi et spécialement lorsqu'il s'agit de la loi du domicile : Le 23 mars 1888, un jugement de la Cour d'appel de Paris déclarait valable le mariage d'un prêtre catholique Irlandais domicilié en France : « pour apprécier la

validité du mariage en France dit l'arrêt, il faut d'après la législation anglaise s'en référer à la loi du domicile qui règle le statut personnel » c'est-à-dire dans l'espèce à la loi française.

Dans une autre affaire, (1) il s'agissait d'un individu nommé Forgo, Bava-rois de naissance, qui était mort domicilié de fait en France. La jurisprudence française fait régir la succession mobilière de l'étranger qui n'a pas autorisation de domicile en France, par sa loi nationale. Les tribunaux en conséquence eurent à appliquer la loi bava-roise ; les dispositions de cette loi renvoyaient à la loi du domicile, ce fut donc en dernier lieu la loi française qui fut compétente pour régler la succession mobilière du défunt.

Cette jurisprudence est condamnée d'une façon unanime par la doctrine (2).

(1) V. J. CLUNET. 1883, p. 64.

(2) Sur la question du renvoi, les auteurs sont extrêmement partagés.

M. Pillet, M. Buzzati l'un des rapporteurs sur la question, à la session de l'Institut de Droit international en 1900, estiment que le principe du renvoi est inadmissible.

Au contraire M. Weiss en est un partisan déclaré, en faisant remarquer que la question est née du conflit de la loi du domicile et de la loi de la nationalité, du choc du vieux principe territorial avec le nouveau principe français et italien, de la personnalité de la loi, il nous dit : si par exemple la loi anglaise décide que le domicile doit l'emporter sur la loi nationale, c'est qu'elle s'approprie la loi française. Pourquoi dès lors se montrer, plus royaliste que le roi, plus religieux que l'Église, plus étranger que l'étranger ? Pourquoi la loi territoriale refuserait-elle le cadeau que lui fait la loi

« Il appartient au législateur « dit Labbé », sous l'autorité duquel est placé le juge saisi d'une affaire de « déterminer la loi applicable à la cause. Lorsque celui-ci a désigné une loi étrangère pour la solution d'une question, le juge n'a plus à la demander au législateur étranger ; il le sait. Il n'a plus qu'à emprunter à cette loi la solution de la question du procès, condition de « capacité, règlement de succession, cause de divorce. »

M. Lainé s'est élevé à sa suite contre l'adoption du système du renvoi dans la jurisprudence ; il cite à l'appui de sa thèse plusieurs décisions ; « alors qu'il fallait « appliquer une loi étrangère appartenant au droit interne », dit-il, « elles ont appliqué une loi étrangère appartenant « au droit international (1) ».

Cette théorie, suivant l'expression de M. Olivi, c'est la négation de « l'unité de conscience juridique du législateur (2) ; admettre le renvoi en effet, c'est subordonner toute application des principes adoptés par lui à la circonstance purement accidentelle qu'ils seront admis aussi par les législateurs étrangers, c'est accueillir dans le cas opposé les maximes adoptées par ceux-ci ».

personnelle ? Le droit international ne repose plus sur *la comitas* ; les nations ne se font pas des politesses comme les individus.

M. Westlake se rattache à l'opinion de M. Weiss. Voyez sur la question *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1900, p. 145 à 179.

(1) A. LAÏNÉ, *De l'application des lois étrangères en France et en Belgique*, J. Clunet, 1896, p. 241-261, 484-494.

(2) Louis OLIVI, *La Convention de La Haye*. *Revue de Droit international privé et de législation comparée*, 1904, p. 42.

Mais quoi qu'il en soit en dernière analyse, et malgré les critiques acerbes que la question a soulevées, c'est en définitive le système du renvoi qu'a consacré la conférence: (1) « il ne s'agissait pas dans l'assemblée réunie
« à la Haye de faire de la pure théorie ; les délégués
« devaient se placer sur un terrain tout pratique, faire
« œuvre de transaction, faire le sacrifice partiel de leurs
« opinions de jurisconsultes sur l'autel de l'harmonie
« internationale » (2).

M. Asser l'éminent Président de l'assemblée, s'explique dans une note au gouvernement des Pays-Bas sur cette théorie du renvoi qu'il n'approuve pas, mais à laquelle néanmoins sur le terrain de la pratique, il sacrifie ses préférences personnelles. Il prend pour exemple le conflit de la loi nationale et de la loi du domicile.

Actuellement, écrit-il, d'après la loi de Danemark, le *status* d'un étranger, domicilié dans cet État, est régi par la loi danoise, en France, en Italie, en Belgique,

(1) La question du renvoi soumise à l'Institut de droit international y a été longuement discutée. A une forte majorité l'Institut dans sa session de 1900 à Neuchâtel se prononça contre le système du renvoi et adopta la résolution suivante :

« Quand la loi d'un État règle un conflit de lois en matière de
« droit privé, il est désirable qu'elle désigne la disposition même
« qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition
« étrangère sur le conflit dont il s'agit. » (*Institut de Droit international*, Annuaire, 1900, p. 179.

(2) J. C. BUZZATTI, *Les projets de convention de La Haye. Revue de Droit international et de législation comparée*, 1901, p. 274.

dans les Pays-Bas, c'est la loi nationale de l'individu qu'on appliquerait.

La loi, qui régit le *status* d'un Danois domicilié à l'étranger, c'est d'après la loi danoise, la loi de son domicile, mais en France, en Italie, en Belgique, dans les Pays-Bas, etc., c'est la loi nationale (danoise) qu'on appliquerait.

Cette anomalie cesse d'exister, du moment où une convention internationale, basée sur le système du renvoi aura été conclue.

Le *status* du Danois sera régi, dans les États contractants, par la loi de son domicile, — celui du Français, de l'Italien, du Belge, du Néerlandais etc., par sa loi nationale. Le conflit entre les différentes lois de droit international privé aura cessé d'exister. (1) »

Mais nous dira-t-on, au prix de quels sacrifices n'arrive-t-on pas à une semblable solution ? Quel était le but de la conférence ? Eviter les conflits, en ménageant dans la mesure du possible les susceptibilités particulières de chaque État. « Outre que les concessions
« peuvent être légitimement faites dans une convention
« internationale à des théories que scientifiquement on ne peut approuver, celle-là dit M. Lainé, est très légère ; elle est même bienfaisante, puisqu'elle consiste en ce que des États, défèrent au désir manifesté par d'autres

(1) T. M. C. ASSER, *Documents relatifs à la troisième Conférence de La Haye*, p. 182.

États que le mariage de leurs sujets à l'étranger ait toutes les chances possibles d'être valable (1) ».

Le principe posé, c'est celui de la loi nationale, et si des concessions ont été faites, ce ne sont que des concessions qui n'enlèvent à la règle rien de sa généralité.

Le codé civil de 1804 avait déjà admis cette loi, mais il ne s'était préoccupé que des Français. Y a-t-il eu là un oubli volontaire de la part du législateur ; cela semble peu certain étant donné les sentiments libéraux, dans lesquels les projets ont été conçus ; venant à la suite de la Révolution, imbus de principes de liberté, d'égalité, de fraternité des peuples, faisant déjà si l'on peut dire du socialisme international, les législateurs du Consulat n'avaient pu penser à refuser aux étrangers la reconnaissance de leurs droits les plus naturels, c'est-à-dire des droits de famille : mais cette lacune, si elle a jamais existé, a été comblée par la doctrine et la jurisprudence.

Il nous reste à faire l'application du principe aux conditions de fond du mariage et à suivre selon la méthode qui s'impose dans la loi, le mariage des Français à l'étranger puis le mariage des étrangers en France. Etant donné que nous reconnaissons à ces derniers la compétence de leur loi nationale, dans quelle mesure et jusqu'à quelle limite cette loi sera-t-elle applicable sur notre territoire ? nous serons ainsi amenés à étudier une

(1) V. LAÏNÉ, *La Conférence de La Haye*, J. Clunet, 1901, p. 5.

des questions les plus délicates de notre science, l'ordre public. C'est là en effet la limite naturelle et nécessaire qui s'impose à toute loi dont le domaine est extraterritorial, à toute loi personnelle.

CHAPITRE III

APPLICATION DU PRINCIPE DE LA NATIONALITÉ

SECTION I

Mariage des Français à l'étranger.

Si nous examinons l'article 170, qui est le siège de la matière, nous remarquons qu'il se réfère à trois catégories distinctes de dispositions.

1° « Le mariage contracté en pays étranger..... sera « valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans « le pays ».

C'est ici la simple affirmation de la règle *locus regit actum* en vertu de laquelle les conditions extrinsèques de validité du mariage sont soumises à la *lex loci celebrationis*.

2° « pourvu que le mariage ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63..... ».

En vertu de cette disposition les Français qui veulent se marier à l'étranger doivent procéder en France à la publication exigée par la loi, alors même que la *lex loci* les en dispenserait.

3°..... « et que le Français n'ait point contrevenu
« aux dispositions contenues au chapitre précédent ».

Par cette dernière disposition, la loi française entend régir le statut personnel de ses ressortissants ; ils ne peuvent donc échapper à leur loi nationale, elle les suit dans tous leurs déplacements. Les conditions de fond du mariage, âge, consentement des parents, etc., s'imposent à eux-mêmes à l'étranger avec tout leur cortège d'empêchements dirimants ou prohibitifs.

Si un empêchement est considéré comme dirimant en France, il restera tel à l'étranger, s'il est seulement considéré comme prohibitif en France, il ne pourra devenir dirimant à l'étranger.

A supposer que le Français qui contracte mariage à l'étranger, viole une des conditions essentielles prévues dans sa loi, les conséquences seront les mêmes que s'il s'était marié en France. Une action en nullité pourra être intentée et son droit d'exercice appartiendra aux mêmes personnes et de la même façon. Si au contraire il ne s'agit que d'un empêchement simplement prohibitif, le mariage d'ailleurs étant régulier à tous autres points de vue, comme aucun texte n'en prononce la nullité, il sera tenu pour valable en France.

En vertu de ces principes, il faut donc admettre que l'homme avant 18 ans, la femme avant 15 ans ne peuvent contracter de mariage valable même dans les pays où les conditions d'âge seraient moins rigoureuses.

Il faut décider de même que le mariage conclu à

l'étranger contrairement à la volonté des parents et sans leur consentement est annulable, et en conséquence autoriser les personnes intéressées à en demander la nullité (1).

En France l'opposition des parents est un empêchement simplement prohibitif ; en conséquence si un mariage a été célébré à l'étranger, malgré cette opposition, mais que toutes les autres conditions aient été remplies, il sera valable en France (1).

Une difficulté se présente au sujet des actes respectueux ou plutôt de l'acte respectueux, car depuis la loi du 21 juin 1907 un seul acte est exigé dont la notification est faite par un seul notaire sans le concours d'un deuxième ni de témoins, et trente jours francs écoulés après justification de cette notification, il sera passé outre à la célébration du mariage.

On a soutenu que l'acte respectueux était une condition de pure forme et qu'en conséquence il était soumis aux exigences de la *lex loci* ; ce ne serait, dit-on, qu'une manière d'informer les parents du mariage, imposée par le législateur par déférence pour eux et parce qu'il serait peu convenable que les ascendants ne fussent avertis de l'union qui va être contractée que par la publicité générale ; l'époux en effet qui est obligé de le représenter aux termes de l'article 170, n'est pas inca-

(1) V. Jugement du tribunal de la Seine, 7 juillet 1881, J. Clunet, 1888, p. 90 ; V. Seine, 9 août 1900, J. Clunet, 1900, p. 153.

(1) V. Seine, 20 décembre 1900, J. Clunet, 1901, p. 357.

pable de contracter mariage, sa capacité à cet égard n'est pas diminuée.

Cette façon de comprendre l'acte respectueux n'est pas admissible, et la preuve en est qu'aujourd'hui encore à une époque où la législation du mariage a été refondue, dans le but de le rendre plus accessible et de favoriser cette institution sociale, le législateur n'a pas encore voulu faire disparaître totalement cette entrave apportée à la liberté des futurs époux. Comprenant que le mariage des enfants ne pouvait dépendre indéfiniment du consentement des parents, il a néanmoins exigé que ce consentement fût sollicité ; l'acte respectueux est la dernière barrière que l'enfant doit franchir ; jusqu'au bout la loi a voulu le protéger contre les entraînements d'un mouvement irréfléchi en le contraignant à tenir compte des observations qui pourraient lui être présentées par ceux dont l'affection est une garantie d'impartialité !

« L'accomplissement de cet acte », dit à ce sujet, un jugement du tribunal civil de la Seine, « n'est point exigé
« seulement dans l'intérêt des ascendants, et comme une
« des preuves de l'honneur et du respect que les enfants,
« à tout âge, doivent à leurs parents, mais aussi comme
« une mesure de protection pour les enfants eux-mêmes :
« le législateur français après avoir retardé l'âge ordi-
« naire de la capacité, en ce qui concerne le mariage,
« a encore voulu que les contractants, fussent à tout âge,
« défendus contre leurs propres entraînements, par la
« nécessité d'entendre les avis de leurs protecteurs

« naturels, et de subir certains délais utiles à la maturité de leur détermination ». (1)

Les actes respectueux étant ainsi considérés comme une condition de fond et non comme une formalité du mariage, il faut en conclure que les Français qui se marient à l'étranger doivent les faire présenter conformément à la loi française sans se préoccuper des dispositions de la loi locale (2).

Que décider au sujet de la publication exigée en France par l'art. 170, des Français qui veulent se marier à l'étranger ?

Sur cette question, déjà ancienne dans notre jurisprudence il n'y a pas moins de trois opinions différentes qui ont été soutenues.

Dans une première opinion, argumentant du texte même de l'article 170, l'on dit : la loi décide que le mariage est valable *pourvu que* les publications aient été faites, si donc elles ne l'ont pas été, le mariage n'est pas valable. En faveur de ce système on argumente de ce fait que les publications, qui ne sont qu'un des éléments de la publicité en France, sont à elles seules toute la

(1) V. Jugement, Trib. civ., Seine, 21 décembre 1885, J. Clunet, 1886, p. 449.

(2) Cour d'appel d'Aix (audience solennelle), 16 janvier 1895.

Le défaut d'actes respectueux qui n'est pas une cause de nullité lorsque le mariage a été célébré en France, n'en devient pas une lorsqu'il est célébré en pays étranger. V. J. CLUNET (Orléans, 12 juillet 1893), 1893, p. 1170 et la note; V. E. BARTIN, *Revue de Droit international et de législation comparée*, 1897, p. 613.

publicité quand le mariage est célébré à l'étranger. Sans elle, il devient clandestin, et l'article 191 est applicable.

Mais si le défaut de publication entraîne en France des peines contre l'officier de l'état civil des époux contrevenants, cette sanction est illusoire quand le mariage est célébré à l'étranger. Il faut que l'article 170 ait une sanction réelle et spéciale. La Cour de cassation, qui dans sa première interprétation avait admis ce système, prononçait la nullité des mariages contractés à l'étranger non précédés de publications en France ; sinon, disait-elle, « il suffirait à des Français de passer à l'étranger « pour s'affranchir de toutes les conditions imposées par « les lois françaises et pour se soustraire soit aux oppo- « sitions des tiers, soit à l'autorité de la puissance « paternelle ».

Dans un second système, on objecte que les conditions exigées par l'article 170 ne sont pas nécessairement irritantes, et que d'ailleurs, en matière de mariage, les nullités ne se suppléent pas. Le principe consacré maintes fois par la Cour suprême était qu'il ne peut y avoir de nullité sans un texte qui la prononce expressément ; les nullités sont de droit étroit, la loi a tout prévu et dans une question aussi délicate que celle du mariage, elle n'a rien voulu laisser aux hasards des appréciations des tribunaux (1).

(1) V. Cassation, 9 janvier 1824, S. 24, 1, 157 ; Cassation, 12 novembre 1844, S. 451, 246.

Pourquoi d'autre part admettre que le défaut de publication, qui en France n'est pas une cause de nullité en devienne une quand les époux passent la frontière ? Prohibitifs en France, les empêchements doivent être prohibitifs à l'étranger, dirimants en France, ils resteront tels à l'étranger. Ils doivent avoir nécessairement le même caractère ; l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale, c'est le principe affirmé par l'article 3, l'article 170 qui en fait une application au mariage, au statut personnel des époux, ne peut recevoir une interprétation autre que celle qu'il recevrait devant les tribunaux français. On ne saurait, sans arbitraire établir une sanction plus rigoureuse pour la violation indirecte de la loi que celle qui est indiquée pour sa violation directe. On considérera l'acte du mariage fait à l'étranger comme s'il était accompli en France ; on ne le déclarera nul par conséquent que si les formalités prescrites par la loi française sont exigées à peine de nullité.

La jurisprudence n'a pas voulu admettre ce système, mais elle n'a pas non plus voulu aller jusqu'à prononcer *de plano* la nullité du mariage non précédé en France

M. Planiol réfute cette doctrine et se refuse à admettre que les tribunaux ne puissent prononcer la nullité d'un mariage en dehors des cas expressément prévus par le chapitre 4. Sa conclusion à cet égard, c'est que la *formule prohibitive n'est pas nécessairement irritante*. Il faut rechercher en conséquence, pour chaque cas, si l'intention du législateur a été d'y attacher cette sanction rigoureuse, savoir la nullité du mariage. Voyez PLANIOL, *Traité de Droit civil*, II, II, chap. 10.

des publications ou plutôt de la publication exigée dans la loi. Aussi s'est-elle ralliée à un système mixte, peu juridique d'ailleurs, que l'on peut formuler ainsi : le mariage contracté par des Français à l'étranger en violation de l'article 170, n'est pas nécessairement valable, comme le prétendent les partisans du deuxième système, ni nécessairement nul comme le veulent ceux du premier. Les tribunaux sont investis d'un pouvoir sommaire d'appréciation pour déclarer le mariage nul ou valable : le Français a-t-il été de mauvaise foi en contractant mariage à l'étranger sans observer l'article 170, les tribunaux annulent son mariage, ils le maintiendront au contraire, si malgré l'inobservation de ce texte la bonne foi des parties est évidente.

C'est donc pour la jurisprudence une question de publicité, une question de fait qui par là même échappe au contrôle de la Cour de cassation. La nullité sera prononcée pour vice de clandestinité, et non pas pour absence de publications.

« Il y a lieu, dit un jugement du tribunal de la Seine, « du 9 août 1900, de prononcer la nullité du mariage « contracté à l'étranger par un Français mineur de « 25 ans, alors que le consentement des parents n'a pas « été obtenu, que le mariage n'a pas été précédé en « France des publications exigées par l'article 170 du « code civil et que l'acte de mariage n'a point été trans- « crit sur les registres de l'état civil français, et que

« cette omission a eu lieu dans un but de clandestinité
« pour faire fraude à la loi française (1) ».

Sur quel texte la jurisprudence peut-elle établir une semblable dénégation aux principes ? Elle peut s'autoriser des précédents de nos anciens Parlements ; en vertu de la formule *fraus omnia corrumpit*, ceux-ci, en effet, annulaient le mariage contracté en fraude de la loi française (2). Mais est-ce là une raison suffisante pour créer en quelque sorte une cause de nullité qui n'existe pas dans la loi ? Parcourons en effet le chapitre iv, qui traite

(1) Tribunal de la Seine, 9 août 1900, J. Clunet, 1901, p. 453 ; V. aussi, Clunet, 1877, p. 43, 1879, p. 486, 1880, p. 478, 1881, p. 256, 1882, p. 309, 1887, p. 470, 187, 1888, p. 90, 1894, p. 438, 1074 ; Riom, 3 mai 1897, Clunet, 1898, p. 438, 1902, p. 613, p. 1050. *Pandectes françaises*, Paris, 13 juillet 1905 ; Cass. 3 janvier 1906, P. F., 1, 113 ; 5 juillet 1905, P. F., 1, 114 (S) ; Paris 15 juin 1904 *Pandectes*, Jurisprudence et législation étrangère, p. 41 ; Seine, 7 juillet 1904, J. Clunet, 1905, p. 426 ; Tribunal de Bayonne, 24 janvier 1906, J. Clunet, 1906, p. 1050 ; Cour de Bruxelles, 18 avril 1906, J. Clunet, 1907, p. 480 ; Tribunal civil de Loudéac, 23 novembre 1900, J. Clunet, 1902 p. 612. Seine, 28 mai 1907. *Rev. de droit int. privé*, 1908, p. 282.

(2) Le président Bouhier, à ce sujet s'exprime ainsi dans ses observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne.

« Pour en dire mon sentiment, je crois qu'il serait trop dangereux d'autoriser un Français et une Française, qui ayant envie de se marier ensemble, et craignant quelque obstacle de la part de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs, iraient de concert contracter mariage dans un pays où nos ordonnances, à cet égard, ne sont pas suivies ; car c'est une règle du Droit canonique même, que ce qui est défendu par une voie, ne doit point être admis par une autre : *« Quum quid una via prohibetur alicui, ad id alia non debet admitti. »* Leur mauvaise foi fait qu'ils ne méritent aucune indulgence. » (BOUHIER, *op. cit.*, p. 773.

des nullités relatives ou absolues du mariage, nous n'y trouvons aucun texte qui permette de donner à la mauvaise foi, à la fraude des parties une aussi grave conséquence. En vain voudrait-on argumenter *a contrario* de la restriction du *pourvu que* de l'article 170, il n'y a pas en matière de mariage de nullités virtuelles ; la clandestinité résulte de l'absence de publicité dans la célébration (art. 191) et le mariage peut être attaqué dans les conditions prévues ; mais les publications ne sont qu'un des éléments de cette publicité, et leur absence ne rend pas le mariage clandestin en France. En effet, pour que les conditions du vice de clandestinité soient réunies, il faudrait de plus que le mariage n'ait pas été célébré par l'officier public compétent, et que la cérémonie n'ait pas été publique (articles 191, 165 du Code civil).

Si donc, en pays étranger, les conditions de publicité suffisante sont remplies, comment affirmer la clandestinité du mariage ? Ces publications ne sont pas toujours possibles, elles seront même souvent inutiles. L'article 170 ne distingue pas ; tous les Français résidant à l'étranger devront faire des publications, et cependant on ne peut exiger cette formalité des Français qui n'ont pas de domicile en France, ou dont les parents dans la puissance desquels ils sont au point de vue du mariage n'y sont pas non plus domiciliés. On ne peut donc considérer le défaut de publication comme un délit commis à l'étranger ; il faut apprécier cette formalité comme si le mariage avait été célébré en France ; c'est là en effet

que les publications sont demandées, c'est donc en France que l'infraction a eu lieu. La sanction existe, c'est celle de l'article 192 ; lors donc que les époux n'auront pas procédé à la publication de leur mariage en France, il faut les frapper d'une amende conformément à la loi.

La législation française exige de plus (article 171 du Code civil), que les Français fassent transcrire leur mariage dans les trois mois de leur retour en France.

Cette obligation cesse dans deux cas :

1° Quand il s'agit de mariages consulaires ; les Français peuvent en effet faire célébrer leur mariage à l'étranger devant les consuls ; ceux-ci transmettent leurs registres au ministre des affaires étrangères, chaque année, et le ministre doit veiller à ce que les actes qu'ils contiennent soient transcrits sur les registres de l'Etat civil de la commune des intéressés (C. civ. art. 48 modifié par la loi du 8 juin 1893 — C. civ. art. 170-171 modifiés par la loi du 29 novembre 1901) (1).

2° Quand le mariage a lieu dans un pays où il n'existe pas d'actes de mariage.

Quelle est la sanction de l'article 171 ?

(1) Des traités ou des accords diplomatiques ont été conclus entre la France et divers pays pour assurer la communication réciproque des actes de l'état civil. Italie, décret du 17 février 1875 ; Autriche-Hongrie, décret du 14 septembre 1892 ; Belgique, décret du 3 septembre 1876.

On a cru pendant assez longtemps, que le défaut de transcription en France, pouvait amener la nullité du mariage ; mais où trouver le principe de cette nullité, ce n'est pas dans la loi : aucun texte ne la prononce. Pourrait-on à défaut de cette nullité infliger l'amende que prescrit l'article 192, en disant que certaines formalités de publicité n'ont pas été remplies ? ce serait interpréter la loi d'une façon un peu large et appliquer une peine alors qu'elle ne l'a point prévue.

Le projet primitif du Code s'exprimait ainsi :

« Trois mois après le retour du Français sur le territoire de la République, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger doit être enregistré, à peine de double droit, à défaut d'enregistrement. Cet acte doit être dans le même délai rapporté et transcrit sur le registre public du lieu de son domicile, sous peine à défaut de ce report, d'une amende proportionnée aux facultés des époux, laquelle ne peut être moindre de cent francs, ni excéder mille francs ».

Dans la rédaction définitive, l'amende fut supprimée : et comme l'on s'étonnait que l'exécution de l'art. 171 ne fut pas assurée par une sanction pénale, Réal répondit que cette disposition pénale n'appartenait pas au code civil, et que d'ailleurs les lois sur l'enregistrement prévoyaient déjà un double droit, qui constituait une sanction suffisante. Or ce double droit n'existe pas. La loi

est restée inachevée par suite d'un malentendu (1) (2).

Quelle sera donc la sanction de l'article 171 ?

La seule sanction consistera dans la difficulté qu'éprouveront les Français à prouver leur mariage contracté à l'étranger : ce sera la peine de leur négligence. D'autre part les tiers qui établiront que le défaut de transcription exigée par l'article 171 leur a causé un préjudice, par exemple en ne leur permettant pas d'apprécier la capacité d'une femme avec qui ils ont traité, pourront demander des dommages-intérêts d'après le droit commun (art. 1382 C. civ.).

Les mariages contractés à l'étranger et valables en France comme conformes aux dispositions de notre loi, ne sont pas nécessairement valables à l'étranger. Si la loi étrangère est plus rigoureuse que notre code au point de vue des conditions exigées pour le mariage, le Français qui ne l'aura pas observée verra-t-il son mariage frappé de nullité à l'étranger ? Cette question dépend du point de savoir si les prescriptions auxquelles le Français ne s'est pas conformé soit ou non considérées comme d'ordre public par le législateur étranger (3).

Ainsi par exemple, en Angleterre où les mariages entre beau-frère et belle-sœur sont interdits comme con-

(1) V. WEISS, *Traité de Droit international*, Le conflit de lois, t. III.

(2) La loi du 22 Frimaire, an VII, ne frappe d'aucun droit d'enregistrement : les actes de naissance, sépulture et mariage et les extraits qui en sont délivrés. Loi du 22 Frimaire, an VII, titre 11, § 3, 8°.

(3) DESPAGNET, *Droit international privé*.

traires à la morale, un Français ne pourrait pas épouser la sœur de sa femme prédécédée ; les tribunaux anglais en invoquant l'ordre public se refuseraient à consacrer la validité d'une telle union, regardée par eux comme un inceste. En France une simple dispense du Président de la République suffit à lever la prohibition.

Dans le même ordre d'idée en Autriche où les mariages entre chrétiens et non chrétiens sont prohibés, les tribunaux invoquant l'ordre public refuseraient de valider une telle union contractée dans ce pays entre étrangers, et à plus forte raison entre un étranger et un national, ce dernier n'étant pas dans les conditions exigées par la loi.

En ce qui concerne l'engagement dans les ordres où les vœux monastiques, la Cour de cassation après avoir décidé tout d'abord qu'il y avait là un empêchement dirimant, a reconnu actuellement la validité du mariage des ecclésiastiques français. Mais il peut se faire qu'à l'étranger de tels mariages ne seront pas reconnus comme contraires à l'ordre public (notamment en Espagne, décret du 9 février 1875, en Russie, en Autriche, etc.).

En définitive c'est toujours la loi nationale des parties qu'il faudra appliquer pour tout ce qui touche à leur état et à leur capacité, sauf à reconnaître la compétence de la loi territoriale quand il s'agit d'une disposition d'ordre public (1) (2).

(1) Cass., 26 février 1878, S. 78, 1, 241 ; V. Cour de Paris, 16 mai 1846, D 47, 2, 23 ; V. Cass, 23 janvier 1888.

(2) Le code autrichien déroge à ce principe en disposant (art. 51)

Dans certains pays on exige de l'étranger un certificat constatant qu'il remplit toutes les conditions requises d'après sa loi nationale, pour contracter mariage.

C'est là une exigence bien rigoureuse car souvent l'étranger sera dans l'impossibilité absolue de donner le certificat qu'on lui demande, aucune autorité n'étant compétente dans son pays pour rédiger un acte semblable.

Les conséquences de cette impossibilité sont souvent fâcheuses.

Ainsi en Angleterre où le consentement des parents est regardé comme une condition de forme, le mariage d'un Français mineur de 25 ans, contracté sans le consentement de ses parents, sera valable aux yeux des Cours anglaises suivant la *lex loci*. En France il est nul comme contracté en violation du statut personnel. La femme anglaise ne pourrait donc faire reconnaître en France son mariage ; en conséquence ses enfants n'y étaient pas considérés comme légitimes et ne pourraient réclamer aucun droit. Cette situation a depuis longtemps ému l'opinion publique en Angleterre et à diverses reprises des mesures ont été prises pour protéger les droits des femmes anglaises mariées à des Français, puis

que les mineurs étrangers qui ne pourront produire le consentement de leurs parents pour le mariage seront autorisés par un curateur nommé par le Tribunal autrichien. Valable en Autriche, le mariage contracté dans ces conditions par un mineur français serait nul en France pour violation du statut personnel (art. 170, C. civ.). Voyez DESPAGNET, *Procès de Droit international privé*, p. 541.

ensuite abandonnées sans pouvoir réclamer les droits d'épouses légitimes.

C'est à ce sujet qu'en 1902 l'évêque de Londres donnait les instructions suivantes à ses ministres.

« Les mariages d'étrangers ou ceux d'étrangers avec
« des Anglais, contractés en Angleterre, sont valables
« dans toute l'étendue de l'Empire britannique lors-
« qu'ils sont célébrés conformément aux dispositions de
« la législation anglaise ».

« Les mariages contractés en Angleterre entre étran-
« gers ou entre étrangers et Anglais ne sont d'ailleurs
« nécessairement valables que s'il est obéi aux pres-
« criptions légales du pays auquel ces étrangers appar-
« tiennent ».

En conséquence les gouvernements anglais et français se sont mis d'accord pour la délivrance d'un certificat délivré par les consuls constatant que le futur français s'est mis en règle avec sa loi (1).

Dernièrement encore M. C. Watson demandait à la chambre des Communes, au secrétaire d'État pour le département de l'intérieur s'il n'y avait pas lieu d'informer ses compatriotes du danger qu'elles peuvent courir en contractant mariage avec un étranger, mariage qu'elles découvrent souvent par la suite n'avoir été qu'une farce. Et M. Gladstone, répondit qu'un projet de loi avait été déposé en ce sens et qu'il était à l'étude.

(1) V. J. CLUNET, 1902, p. 642.

Ce projet avait été adopté le 19 juillet 1906 par la House of Commons (1).

Aux termes de ce projet, tout sujet anglais désirant épouser une personne étrangère dans le pays natal de cette personne devra se munir d'un certificat établissant que ce mariage sera valable devant la loi anglaise.

Le projet prévoit en outre des accords conclus avec divers pays étrangers pour la délivrance des certificats analogues aux nationaux de ces pays qui voudraient épouser des personnes de nationalité anglaise (2).

Il a été convenu en 1877, par un accord diplomatique avec la Suisse que le certificat de capacité exigé pour le mariage des étrangers par la loi fédérale du 24 décembre 1874, art. 31 et 37, serait délivré aux Français par l'ambassadeur de France à Rome.

D'autres législations au contraire se contentent des preuves de droit commun sans exiger rien de spécial en ce qui concerne l'aptitude personnelle des étrangers à contracter mariage suivant leur loi propre. De celles-ci sont le code autrichien, art. 34, et la loi espagnole du 18 juin 1870 (3).

(1) V. Loi du 29 novembre 1906 pour modifier la législation anglaise relative au mariage entre sujets anglais et étrangers (*Revue de droit international privé*, 1907, p. 293.)

(2) V. *Times* du 20 juillet 1906, J. Clunet, 1906, p. 1319; V. pour les mariages des Français en Angleterre. *Home office white Hall*, 26 juin 1905, *Revue de Droit international* (*Revue Darras*), 1905, p. 930.

(3) Cette loi exige cependant un certificat dûment légalisé consta-

Il arrive dès lors fréquemment que des mariages valables dans le pays de la célébration, ne sont pas reconnus tels dans la patrie de l'étranger.

C'est ici que se fait sentir l'importance de conventions diplomatiques entre les différents pays à cet égard, exigeant de l'étranger un certificat constatant qu'il satisfait tout d'abord aux conditions de sa loi nationale. Ceci posé le pays de la célébration pourra ou non refuser le mariage selon que son ordre public est ou n'est pas intéressé.

SECTION II

Mariage des étrangers en France.

Sur cette question, nous l'avons vu, le code civil est resté muet, mais d'après l'interprétation généralement adoptée par la doctrine et dans la jurisprudence, la loi nationale de l'étranger est compétente pour régler son état et sa capacité.

Les auteurs n'ont pas toujours été d'accord sur cette solution : suivant M. Valette, l'application d'une loi étrangère à l'état et à la capacité de l'étranger en France, trouve une limite dans l'intérêt privé du Français ; M. Mailher de Chassat va plus loin et selon lui, l'étran-

tant que les publications ont été faites au dernier domicile de l'étranger dans l'année qui a précédé son arrivée en Espagne,

ger en France ne peut jamais invoquer sa loi personnelle (2).

Actuellement la majorité des auteurs se prononce pour la solution affirmative ; en conséquence pour se marier en France, les étrangers devront se conformer aux prescriptions de leurs lois nationales.

Dans le cas où il s'agirait du mariage en France d'un étranger et d'une étrangère, il faut admettre la même solution ; la femme comme le mari doit être capable d'après sa propre loi. On ne peut dire d'elle en effet qu'elle doit suivre la loi de son futur mari puisqu'elle n'est pas encore mariée. Savigny s'était arrêté à cette idée de la loi du mari et particulièrement de la loi du domicile de celui-ci pour déterminer le statut personnel des futurs époux, mais actuellement il faut admettre la distinction, et c'est la règle à cet égard qui a été adoptée aux conférences de la Haye.

Toutefois cette généralité du principe de l'application de la loi nationale de l'étranger en France, comporte deux exceptions.

1° La loi française redevient applicable lorsque la loi étrangère, ayant prévu d'une façon précise quelle est la

(1) V. WEISS, *op. cit.*, p. .

(2) Il arriverait, dit Mailher de Chassat : « que se transportant partout, les souverainetés, les juridictions, les lois étrangères doivent faire fléchir leur autorité, faire taire leurs prescriptions générales devant la toute-puissance individuelle de l'inconnu, qui, respectant l'ordre et la paix publique, demande à participer aux droits civils d'une contrée qui n'est pas la sienne. V. MAILHER DE CHASSAT. *Traité des Statuts*, p. 221.

loi qui doit régir le statut personnel de ses ressortissants, renvoie à la loi française, considérée comme loi du domicile ou comme loi du lieu de célébration du mariage.

Nous avons déjà étudié cette hypothèse du renvoi qui a fait naître dans le droit international privé de longues controverses dont nous ne verrons pas encore la fin. Nous avons dit à ce sujet que l'on ne peut admettre qu'un État se désintéresse à un tel point de ses nationaux, qu'il lui faille demander à un autre État un système de droit international privé. Le législateur est en effet souverain et s'il décide que l'état et la capacité sont régis dans sa législation par la loi du domicile, par exemple, c'est aux dispositions internes de cette loi qu'il entend se référer et non au système de droit international privé de l'État étranger auquel conduit le renvoi.

Si l'on prend le cas tout à fait classique de l'Anglais domicilié en France, les partisans du renvoi n'hésitent pas à appliquer la loi française. La loi française, dit M. Pillet, n'est pas pour cet Anglais, une loi nationale, et cette raison seule suffit à ce qu'elle ne puisse lui servir de statut personnel. Si l'on est dans une hypothèse où la capacité, d'après la *Common law*, est du ressort de la loi du domicile, le juge s'attachera à la notion du domicile, mais seulement autant que ce domicile conduit à donner autorité à une loi britannique (1). Et ce faisant à nos yeux, il appliquera les prin-

(1) V. PILLET, *Principes de Droit international privé*, Paris, Pédone, 1903, p. 348.

cipes de sa propre loi, savoir que le statut personnel des Anglais en France est régi par leur loi nationale.

Il est une seconde exception au principe que nous avons posé au début de ce chapitre : qu'arrive-t-il en effet lorsque l'on se trouve en face d'un individu qui n'a pas de nationalité ? ou dont la nationalité est incertaine ? (1).

Lui accorder dans ce cas le bénéfice de sa loi nationale est impossible ; la loi française reprend tous ses droits ; la loi du domicile, ou à son défaut la loi de la résidence vient ici suppléer à la loi nationale ignorée ou impossible à déterminer (2).

Cette loi nationale qui en France est compétente en ce qui concerne le statut personnel des étrangers, comment déterminer son domaine d'application, comment s'y conformer ? Il serait sans doute à souhaiter que les officiers de l'état civil français soient au courant des conditions exigées par la loi des étrangers, ou que ceux-ci établissent devant eux la preuve, soit par un certificat émanant des autorités compétentes, soit par un acte de notoriété en présence de témoins, qu'ils sont capables, qu'ils remplissent toutes les conditions nécessaires pour contracter mariage. Cette pièce était exigée en France

(1) Le cas peut se représenter notamment pour les gypsies, races de nomades dont aucun pays ne veut, mais dont cependant les États qui les repoussent ne peuvent se désintéresser tout à fait. (V. A. ROLIN, *op. cit.*).

(2) V. WEISS, *op. cit.*, Le conflit de lois, t. III; V. HEIMATLOSAT, Sujet soi-disant autrichien, Tribunal civil de Nantes, 28 novembre 1901, J. Clunet, 1902, p. 590.

depuis une circulaire du garde des Sceaux du 4 mars 1831. La difficulté pratique d'obtenir cette pièce détermina le Procureur près le Tribunal de la Seine, le 7 juillet 1835, à la remplacer par l'attestation de sept témoins, compatriotes du futur époux étranger, rédigée dans les formes indiquées par les art. 70 et 71 du C. civ. pour l'acte de notoriété servant à remplacer l'acte de naissance. Mais cette façon de procéder conduisit à des abus fâcheux ; on se procurait sept témoins, qui ne connaissaient même pas le futur époux, qui affirmaient toujours qu'il était capable de se marier d'après sa loi nationale : il s'organisa même des agences pour fournir les sept compatriotes dont on avait besoin.

Il vaut beaucoup mieux assurer la communication réciproque internationale des pièces nécessaires pour le mariage, au moyen de traités entre les différentes nations.

La France a conclu dans ce sens diverses conventions avec la Belgique, (18 octobre 1879) et (30 mai 1889 pour le mariage des indigents), la Hongrie, l'Angleterre, l'Italie.

Les autres pays ont aussi suivi cette voie dans leurs rapports avec l'étranger (1).

(1) V. Suisse et Italie, 23 septembre 1899, J. Clunet, 1900, p. 215 ; Espagne et Suisse, J. Clunet, 1902, p. 197 ; France et Belgique, Circulaire du Garde des Sceaux du 16 septembre 1899, J. Clunet, 1901, p. 412 ; France et Chili, Décret du 10 février 1900, J. Clunet, 1900, p. 422 ; Suisse et Pays-Bas, Circulaire du Conseil fédéral du 25 juillet 1899, J. Clunet, 1900, p. 223.

Pour la Suisse l'article 54 § 3 de la constitution fédérale de la confédération suisse du 29 mai 1874, décide que sera reconnu comme valable dans toute la confédération le mariage conclu (dans un canton ou) à l'étranger conformément à la législation qui y est en vigueur.

Il en résulte notamment que le mariage contracté par un Suisse dans un Etat étranger est considéré comme valable en Suisse, s'il a été célébré conformément aux conditions de forme et de fond prescrites dans cet Etat étranger.

En conséquence depuis l'accord signé à la Haye le 12 juin 1902, les Suisses qui désireront contracter mariage en France, devront être en principe dispensés de la justification prévue à l'art. 4 de la dite convention.

« Les étrangers doivent pour se marier établir qu'ils remplissent les conditions nécessaires d'après la loi indiquée à l'article premier ».

Leur mariage en ce cas, sera soumis aux conditions de forme et de fond prévues par la loi française.

Mais ce droit ne constitue pour le Suisse qu'une simple faculté ; et quand ils le jugeront utile, ceux-ci pourront invoquer en France les dispositions de leur statut personnel ; ils devront alors établir qu'ils rempliront les conditions fixées par la loi suisse (1) ; le certificat de capacité leur sera délivré par les autorités compétentes.

(1) *Bulletin officiel du Ministère de la justice (Revue du Droit international privé, 1906, p. 416.)*

A la reconnaissance que nous avons faite de la compétence extraterritoriale de la loi étrangère, sur notre territoire il y a une limite ; cette limite est déterminée par les dispositions de notre loi qui sont considérées comme d'ordre public par nos tribunaux. Quelles sont ces dispositions ? c'est là une question à laquelle il est malheureusement impossible de répondre d'une façon absolue. Dans quelle mesure l'ordre public français est-il intéressé, si par exemple une étrangère se remarie moins de dix mois après la dissolution de son mariage par la mort ou par le divorce, ou si une Espagnole âgée de moins de 15 ans contracte mariage en France ? autant de questions que l'on peut résoudre différemment. D'une façon générale, nous verrons qu'il ne faut pas exagérer cette notion d'ordre public sous peine d'arriver à de véritables dénis de justice, ou même sous le prétexte de ce mot de couvrir la fraude des parties.

CHAPITRE IV

DE LA RESTRICTION APPORTÉE AU PRINCIPE DE LA NATIONALITÉ EN MATIÈRE DE STATUT PERSONNEL

L'ORDRE PUBLIC

Si la loi personnelle est essentiellement extraterritoriale, on ne peut admettre toutefois que cette loi soit toujours et partout applicable en dehors de son domaine propre.

La formule définitive du système qui veut que l'état et la capacité des personnes soient régis par leur loi nationale, prévoit en effet des exceptions.

« La loi a toujours pour objet l'utilité de la personne,
« elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite ;
« mais ceux-là, *elle doit* en principe les régir en tous
« lieux et dans tous leurs rapports juridiques, sauf les
« exceptions qui résultent de l'ordre public *international*,
« de la règle *locus regit actum*, de l'autonomie de la
volonté ».

Quand on prononce, dit M. Pillet le nom des lois d'ordre public au droit international privé, on fait allusion au principe le plus évident de toute notre science et en

même temps à celui dont la définition et l'analyse sont les plus difficiles.

On peut bien dire en effet que la notion d'ordre public existe à l'état latent dans toute conscience juridique, mais pour extérioriser ce sentiment, pour donner des règles certaines, pour distinguer à priori, ce qui dans une législation est d'ordre public et par conséquent territorial, de ce qui ne l'est pas, nous manquons de base, nous manquons de guide ; aussi dans la doctrine les auteurs, si dissidente, sur la matière et les caractères, de cet ordre public sont-ils unanimes à déclarer que sa réglementation juridique est insaisissable ; c'est un côté du problème international qui n'a encore aucune solution.

Ce qu'il y a d'évident en cette matière, le voici. Personne ne doute que l'obligation dans laquelle se trouve un État d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères, n'ait une limite, et que cette limite ne se trouve au point où la loi étrangère aurait pour conséquence de compromettre l'action de quelque principe jugé par l'État indispensable à la sauvegarder de la société particulière qu'il représente (1). Devant une

(1) L'application de la loi étrangère, dit M. de Bar, est exclue suivant qu'elle aurait pour effet de réaliser sur le territoire de l'État des rapports juridiques ou d'obliger à des actes ou à des prestations, qui d'après la législation de l'État ne pourraient pas être obligatoirement imposés.

Le principe de la loi nationale, dit M. Pasquale Fiore, est limité à l'égard de certaines sortes de lois, dont la nature spéciale s'oppose à un traitement aussi libéral que celui de la communauté de droit

nécessité aussi impérieuse, il n'est ni sentiment de courtoisie, ni obligation internationale, qui tiennent. Les relations internationales ne sont licites qu'autant qu'elles demeurent inoffensives ; elles cesseraient de l'être, si elles tendaient à faire appliquer sur un territoire des lois jugées incompatibles avec la sécurité, le bon ordre, la constitution sociale de l'État.

La territorialité des lois d'ordre public se présente donc à nous d'abord comme une mesure de défense prise dans l'intérêt de la communauté nationale contre les exigences du commerce international (1).

Ceci posé quelles sont les lois d'ordre public, s'imposent-elles à tous avec la même exigence ?

Si l'on dit qu'en France le statut personnel des Français est régi par la loi française en ce sens que nul ne peut s'y soustraire, les dispositions de cette loi sont d'ordre public pour les Français.

Ainsi par exemple la loi qui fixe la majorité à 21 ans est évidemment d'ordre public pour tous les Français.

Le législateur à tort ou à raison a déterminé à cet âge la pleine capacité ; exigera-t-on en France des étrangers cette même limite, en ce sens qu'un individu déclaré majeur à 20 ans dans son pays serait considéré comme

entre les divers États. A l'égard de ces lois, le juge devra observer le droit de son pays plus exclusivement que le principe ne le permet, et par contre devra faire abstention du droit de l'étranger, même quand ce principe en aurait justifié l'application. (V. PASQUALE FIORE, *Institut de Droit international*, Annuaire 1902.)

1) PILLET, *Principes de droit international privé*, p. 368.

mineur en France et par là même incapable de faire certains actes sans l'assistance d'un protecteur légal, d'un tuteur ? Evidemment non, ce qui est d'ordre public en France à cet égard, l'est aussi dans l'État étranger, et l'un pas plus que l'autre n'a de droit à être prépondérant ; puisqu'il s'agit d'une question d'état et de capacité, il est juste avec les principes que nous avons admis de déclarer que l'ordre public français n'est pas intéressé, qu'il n'y a là rien de contraire au bon ordre social ou économique du pays (1).

D'autres prescriptions au contraire sont, si l'on peut s'exprimer ainsi, d'ordre public évident en ce sens, que violer une disposition de cette nature serait aller contre tout principe de moralé. La bigamie dans nos pays est généralement punie comme un crime ; un étranger ne pourra contracter en France un deuxième mariage s'il est déjà marié dans son pays.

La notion d'ordre public est donc double ; d'une part

(1) Cette façon d'envisager l'ordre public touchant les conditions d'âge dans le mariage n'est pas apprécié de même par tous les pays. Récemment, un Tessinois voulait épouser en Suisse une italienne âgée de 15 ans. L'officier de l'état civil suisse devait-il ou non refuser la publication de promesse de mariage ? La question fut résolue d'une façon affirmative, car la disposition de l'article 17 de la loi sur l'état civil, suivant laquelle pour contracter mariage, la femme doit être âgée de 16 ans révolus est un principe d'ordre public et s'applique par conséquent à une fiancée italienne. (V. J. Clunet, 1900, p. 446).

Il nous semble que c'est faire ici une application exagérée de la notion d'ordre public, et que dans l'espèce il n'y a aucune atteinte à la morale publique en autorisant en Suisse un tel mariage.

certaines dispositions s'appliquent seulement aux nationaux, ce sont celles d'ordre public national ou relatif ; d'autres au contraire s'imposent à tous nationaux et étrangers, ce sont celles d'ordre public international ou absolu.

Laurent distinguait les droits publics et les droits privés ; malheureusement il est impossible de dire de certaines lois qu'elles ne concernent que l'État, d'autres qu'elles intéressent exclusivement les particuliers.

M. de Bustamente propose un criterium selon lequel on arriverait à distinguer les lois qui concernent l'État de celles qui intéressent seulement les nationaux membres de cet État. Les premières seraient territoriales, les autres auraient le caractère opposé. Mais quelles sont ces lois qui ont l'État pour objet ?

M. Pillet qui réfute toutes ces distinctions prétend qu'il n'existe pas de lois d'ordre public international que l'on doive opposer à l'ordre public national. Lorsque, dit-il, nous qualifions de lois d'ordre public international les lois dont nous parlons, nous faisons allusion à la propriété qu'elles possèdent d'obliger les étrangers aussi bien que les nationaux, mais si nous considérons leur nature, nous sommes obligés de convenir que chaque État n'est chez lui le gardien que de son propre ordre public, que c'est donc bien l'ordre public national qui impose ses exigences aux étrangers(1).

On le voit en ces matières, autant d'auteurs, autant

(1) V. PILLET, *op. cit.*, p. 395.

de doctrines différentes, c'est le champ ouvert aux controverses et toutes les opinions sont soutenables. Que l'on parte du système d'un ordre public international, ou au contraire que l'on fasse la distinction entre un ordre public, relatif ou national, et un ordre public absolu ou international, que l'on oppose les lois d'intérêt privé, à celles d'intérêt public, le résultat est le même, c'est l'incertitude absolue; la notion d'ordre public elle-même est mobile dans ses applications : elle suit l'évolution du droit et change avec lui.

Quoiqu'il en soit cette notion existe et particulièrement dans notre matière, le mariage, elle est une source de conflits parfois insolubles et de continuelles discussions.

Les législations notamment qui considèrent le mariage religieux comme obligatoire refusent de reconnaître la validité d'un mariage civil, sous prétexte que celui-ci serait contraire à l'ordre public établi et réciproquement les pays qui comme la France ont proclamé la sécularisation du mariage et considèrent le mariage civil comme seul obligatoire et légal ne pourront reconnaître l'union purement religieuse en dehors de toute intervention des autorités civiles compétentes exigée dans la loi (1).

(1) V. Cour de Bucarest, 5 mars 1905, Mariage purement religieux en Roumanie, Nullité, Ordre public.

L'état et la capacité des personnes se règlent suivant leur statut personnel, à la condition toutefois que leur statut personnel n'entre pas en conflit avec une disposition d'ordre public.

C'est en vertu du même principe que les cours autrichiennes se refusent à valider le mariage civil de deux sujets autrichiens non suivi du mariage religieux, qui, on le sait est obligatoire en Autriche pour les époux qui professent une religion reconnue (1) ; de même les cours anglaises annuleront des mariages entre beau-frère et belle-sœur qui sont absolument contraires à l'ordre public et aux principes de morale anglais.

En France ces sortes de mariages sont permis avec dispenses, mais si effectivement ils ont été célébrés il n'y a là dans l'esprit de la loi qu'un empêchement simplement prohibitif, en conséquence le mariage ne pourra être annulé si à tous autres égards il est valable.

On le voit par ces différents exemples, la notion d'ordre public est essentiellement variable ; il y a même sur certains points une pénétration réciproque de l'ordre public national et de l'ordre public international ; leurs

(1) V. Seine, 28 avril 1906, J. Clunet, p. 1146.

Le mariage de deux sujets autrichiens célébré en France, devant l'officier de l'état civil, doit être considéré comme nul faute d'avoir été suivi du mariage religieux exigé par le statut personnel des époux.

Le mariage étant considéré comme une disposition publique dans la législation romaine, les dispositions prescrites par le Code civil romain s'imposent à tous ceux qui habitent le territoire de la Roumanie quelle que soit leur nationalité.

Par suite, le mariage célébré entre sujets autrichiens devant le curé catholique de Bucarest, sans célébration civile préalable, est inexistant, et la nullité d'un tel mariage peut être opposée en justice par l'un des époux, J. Clunet, 1906, p. 1238.

limites sont vagues et indécises, la coupure n'est pas assez nette pour qu'une réelle différence soit possible à déterminer. Dira-t-on avec le code que les lois d'ordre public sont seulement les lois de police et de sûreté, où sont-ce les lois morales, les lois économiques? on ne peut faire de classification absolue, sous peine de tomber dans de graves erreurs.

Les législateurs de 1804 semblent avoir compris la généralité de cette notion, l'application doit en être laissée aux tribunaux ; c'est à eux en face d'un conflit déterminé à dire si les principes généraux, de l'esprit de nos lois doivent tendre ou non à faire écarter l'application de la loi étrangère.

Le reproche que l'on peut faire à la jurisprudence est une tendance très marquée à exagérer le domaine de l'ordre public pour donner la préférence à la loi locale. De la notion de l'ordre public qui dérive de la sauvegarde de l'organisation nationale au point de vue politique, économique et social, elle va jusqu'à la préoccupation de l'*intérêt public*, qui n'est plus inspiré que pour l'avantage du pays ; de là elle descend jusqu'à l'*intérêt du public*, c'est-à-dire de la population nationale prise dans son ensemble ; et enfin jusqu'à l'intérêt des nationaux considéré comme l'expression, dans un cas particulier, de l'intérêt de la population nationale elle-même (1).

(1) V. DESPAGNET, *op. cit.*, p. 232.

Une des questions, qui a le plus souvent été soumise aux juges, était celle du mariage d'étrangers légalement divorcés dans leur pays, avant la loi du 27 juillet 1884.

Nous ne citerons les controverses qui se sont élevées à ce sujet que dans un intérêt historique bien que la question puisse encore se présenter aujourd'hui, en face des pays qui ne reconnaissent pas le divorce, ou même qui l'admettent mais pour des causes autres que celles prévues dans la loi française.

En France, le problème se posait de la façon suivante : des époux divorcés à l'étranger conformément à leur statut personnel peuvent-ils se remarier en France ?

La jurisprudence se prononça longtemps par la négative. L'ordre public français, disait-elle, est que le mariage est indissoluble durant la vie des époux ; un tempérament toutefois a été admis, et la séparation de corps vient adoucir les relations par trop difficiles des ménages.

Pourquoi accorder à des étrangers des droits que nous ne reconnaissons pas à des nationaux ? ceux-ci peuvent être sans doute légalement divorcés dans leur pays, mais à nos yeux leur mariage est toujours existant ; les admettre à contracter en France une nouvelle union ce serait reconnaître la légalité de leur divorce et par suite violer une règle d'ordre national, se mettre en contradiction évidente avec les principes de morale posés par le législateur.

Le 28 février 1860 (1), la Cour de cassation, sur les conclusions du procureur général Dupin, rendit un arrêt décidant que rien ne s'opposait en France à la validité du mariage d'étrangers divorcés.

En quoi en effet un divorce légalement prononcé peut-il blesser l'ordre public français ? Il ne s'agit pas là d'un principe de morale tellement absolu qu'il faille en étendre l'application à tous français et étrangers.

Ne pas reconnaître la validité d'un tel mariage, ce serait selon nous refuser à l'étranger un droit en quelque sorte naturel. La question qui se pose devant les tribunaux est celle de savoir si oui ou non l'étranger peut contracter un nouveau mariage ; si donc sa première union est légalement dissoute pourquoi lui refuser la reconnaissance d'une seconde ? il n'y a là rien de contraire à l'ordre public français.

L'ordre public tel que nous l'avons conçu n'a pas toujours un rôle essentiellement négatif vis-à-vis des étrangers ; dans certains cas il leur est favorable et con-

(1) V. Cass., 28 février 1860, D. 60, 4, 57.

Le divorce avait été prononcé en Hollande contre une Anglaise et une Hollandaise. L'épouse divorcée ayant voulu se remarier avec un Français, le maire s'était opposé à la célébration du mariage, et la Cour de Paris avait approuvé sa décision pour des motifs d'ordre public. Devant la Cour de Cassation, le procureur général Dupin s'attacha à prouver que le divorce n'était pas contraire à la morale. « C'est la loi civile, dit-il, ce n'est pas la loi naturelle ni la loi morale qui s'opposent au divorce ». La Cour de Cassation le suivit dans ses conclusions en déclarant que si la loi de 1816 était d'ordre public, elle doit être enfermée dans les limites qu'elle s'est tracée et contenue par le respect des souverainetés étrangères.

tribue à leur donner des droits qui ne leur sont pas reconnus dans leur pays ou même qui n'existent pas.

La France après 1789 a aboli l'esclavage, en proclamant le principe de la liberté ; la mort civile a été abolie dans notre code par la loi du 31 mai 1854.

Si un étranger placé dans des conditions telles, qu'il est considéré comme mort civilement, qu'en conséquence il est frappé d'une incapacité juridique totale, que tous droits d'exercice lui soient refusés, veut contracter mariage en France, il est incapable d'après son statut personnel, d'après sa loi nationale. Mais ici cette loi se heurte à un principe d'ordre public regardé par le législateur français comme absolu. Si dans sa loi il a aboli la mort civile ou l'esclavage, c'est qu'il a cru que consacrer de telles pénalités était contraire à l'idée qu'il se faisait de la loi morale. Selon lui exclure un individu de tous droits, faire en quelque sorte un mort d'un vivant, c'est porter atteinte à cette loi, en conséquence, c'est violer l'ordre public français en attaquant la constitution sociale elle-même. Ici donc l'ordre public, qui toujours s'oppose à l'application de la loi étrangère, aura eu un rôle actif, en même temps que bienfaisant. L'étranger bénéficiera des dispositions qui sont contraires à son statut personnel, et c'est la loi territoriale qui lui sera applicable.

Il n'est pas possible malheureusement de déterminer l'ordre public absolu. La loi morale devrait être immuable, et cependant elle change avec les mœurs, les

coutumes, les climats, les religions. Ce qui est absolument contraire à l'ordre établi pour un chrétien, ne le sera pas pour un musulman. La polygamie est encore admise dans les pays du Coran, et il est bien évident que sous la bannière du Christ on ne peut accepter l'idée d'une pareille union. Aussi d'un commun accord à la conférence de la Haye, les délégués ont écarté dans leur discussion, l'empêchement provenant d'une précédente union non encore dissoute. C'est une idée universellement admise dans les pays signataires, et la discussion d'une telle question n'a pas même été soulevée (1) (2).

Ayant ainsi posé les principes généraux d'un ordre public qui vient faire céder à la règle de la loi per-

(1) Une explication est à peine nécessaire, avait dit la Commission de 1893. « Le droit public de la plupart des pays s'oppose évidemment à ce que la polygamie puisse être pratiquée, alors même qu'elle serait admise par la loi à laquelle appartenaient les futurs époux. » Telle paraissant être la seule partie de la disposition, ne convenait-il pas de la supprimer comme visant une hypothèse chimérique? Les États contractants n'admettent pas la polygamie et un article exprès du projet (art. 8), dispose qu'aucun État ne sera obligé d'appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un État contractant. Aussi ce cas a-t-il été supprimé par la Commission. Rapport de la première Commission (*Actes de la Conférence*, 1900, p. 171.)

(2) Toutefois la France a admis la validité des mariages polygamiques, contractés sur des territoires soumis à sa domination. Des indigènes de ces pays venant en France seraient considérés comme étrangers et comme tels soumis à l'observation du principe de la monogamie, quoique la loi française les en dispense tant qu'ils restent dans leur pays d'origine.

Telle est la situation des musulmans d'Algérie depuis le sénatus-consulte du 14 juillet 1865.

sonnelle, il nous faut aller plus loin ; et essayer de déterminer quelles sont dans notre loi les dispositions contre lesquelles la loi étrangère, généralement compétente, se verra écarter d'une façon absolue pour céder le pas à la loi territoriale.

L'étranger comme le Français devra tout d'abord se soumettre aux conditions générales d'existence du mariage ; ces conditions sont au nombre de trois, savoir la différence de sexe, le consentement des parties, sans lequel il ne peut y avoir mariage et la solennité de la célébration (1).

Les conditions précédentes réunies, le mariage existe, il naît à la vie juridique, mais il n'est pas inattaquable ; il faut de plus que les époux réunissent certaines conditions spéciales de validité.

Une des premières qui s'offre à notre étude est celle de l'âge compétent. Notre code a fixé la limite de la nubilité à 15 ans pour les femmes, à 18 ans pour les hommes. C'est là une règle d'ordre qui s'impose à tous les français, et ce faisant le législateur a pris un âge qui

(1) Il faut assimiler l'identité de sexe au cas où les organes sont si mal conformés que le sexe devient douteux. L'impuissance complète toutefois ne rend pas le mariage inexistant ; le mariage n'existe plus dans le but unique de la procréation des enfants ; il a pour objet l'association de deux personnes en vue de convenance et d'assistance mutuelles. Tout au plus pourrait-on voir là un cas de nullité comme en Angleterre ou en Autriche. D'après la jurisprudence française, elle n'est pas à elle seule une cause de nullité. En ce sens, Caen, 23 mars 1882, S. 82, 2, 108. V. Planiol, n° 365.

peut convenir à ceux du nord et à ceux du midi. Des dispenses du chef de l'État peuvent seules abaisser cette limite, et elles ne sont données que dans des cas graves, notamment en cas de grossesse de la femme avant 15 ans révolus. Mais cette limite qui s'impose aux français, sera-elle aussi exigée des étrangers qui sont sur le territoire ? notamment une Espagnole ou une Portugaise, qui dans son pays est nubile à 12 ans devra-t-elle attendre la limite fixée par notre loi ? Des circulaires du ministre de la justice du 10 mai 1824 et du 24 avril 1832, exigent des étrangers une dispense, quand ils veulent se marier avant l'âge fixé par le code, lors même qu'ils seraient nubles d'après leur loi nationale. Certains auteurs estiment que l'âge de la puberté est fixé par le législateur par suite de certaines considérations de morale et d'intérêt social, afin d'éviter des unions prématurées, dangereuses pour les mœurs, la bonne organisation de la famille et le développement de l'espèce humaine au point de vue physiologique ; ce sont certainement là des considérations dont il y a lieu de se préoccuper ; mais elles sont d'un intérêt tout spécial et en quelque sorte personnel à chaque pays. Aussi est-il plus vrai de dire que chaque législateur, en fixant l'époque de la puberté, s'inspire du développement physique et moral plus ou moins rapide de ses nationaux, provenant de l'influence de la race et du climat, que cette limite qu'il impose aux nationaux est toute locale, que si elle est d'ordre public, en ce sens que tous

doivent la respecter, c'est là une règle d'ordre intérieur n'intéressant pas le dehors. Il ne s'agit pas en pareille matière, d'une règle de morale ou d'intérêt social absolue, étant donné le point de vue particulier auquel se place chaque législateur, mais d'une disposition toute contingente et relative, provoquée par la situation spéciale des habitants d'un pays. C'est surtout en ce qui concerne l'âge que la nécessité de l'application pure et simple de la loi nationale devient impérieuse. Admettre le contraire serait déroger aux principes mêmes admis dans notre loi. Si en effet dans la question qui nous occupe, nous décidons qu'il faut exclure les dispositions de la loi étrangère, il faudrait admettre qu'un français capable de se marier à 18 ans en France, devra attendre sa majorité en Allemagne, puisque là-bas l'âge de la nubilité pour les hommes coïncide avec celui de la pleine capacité. C'est inadmissible, consacrer une telle solution serait renoncer au principe dicté par l'art. 3.

C'est aussi la loi personnelle de l'étranger qui déterminera également l'âge à partir duquel le futur époux pourra donner seul un consentement valable, ou s'il lui faudra le consentement d'une ou de plusieurs personnes pour l'habilitier (1).

Si le code autorise le Français de 18 ans à se marier, il n'en est pas moins vrai que sa capacité est encore restreinte, et que jusqu'à sa majorité et même au delà il

(1) V. WEISS, *Traité, Le conflit de lois*; V. A. ROLIN, *op. cit.*; V. DESPAGNET, *Précis de droit international privé*.

est tenu de demander et lorsqu'il est mineur d'obtenir le consentement de ses parents ou de ses ascendants, ou de ceux que la loi lui impose comme protecteurs légaux. Cette mesure prise par le législateur, est toute de protection, elle existe dans l'intérêt des Français, elle ne saurait donc s'imposer à des étrangers, son « but social » est dans l'intérêt immédiat des nationaux. Dans les autres pays le législateur aura sans doute pris des mesures analogues. Toutes ces questions mettent en jeu la capacité des futurs, c'est leur statut personnel qui est en cause, la loi nationale reste donc compétente, les étrangers en France n'auront pas besoin d'un supplément de capacité fourni par les ascendants pour contracter mariage, à moins que leur loi personnelle ne leur impose pareille restriction.

Que décider au sujet des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance (art. 161 à 163 — 348, C. c.). Ces prohibitions sont pour la plupart d'ordre public absolu ; elles sont fondées sur des raisons d'ordre moral et physiologique. Chaque législateur en ces matières croit avoir « le monopole de la morale absolue », et c'est parce qu'il regarde une union entre certains parents, comme contraire à la nature elle-même qu'il la prohibe. Toutes les législations, nous l'avons vu, prohibent le mariage entre parents et alliés en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'au deuxième degré inclusivement. C'est ici ce que Montesquieu appelait l'inceste du droit des gens. L'union entre parents en ligne

directe ou entre frère et sœur est dans les pays chrétiens tellement contraire à tout principe de morale reconnue et au sentiment intime de la conscience qu'elle est universellement défendue par tous les législateurs.

Mais dans notre loi elle-même des unions d'un autre genre sont prohibées d'une façon moins absolue elles sont possibles à la condition d'obtenir une dispense préalable du chef de l'État (art. 163 et 164).

« Il s'agit ici, écrit M. A. Rollin, d'une incapacité
« qui peut tenir à la fois à la personne et à l'ordre
« public absolu et qui, par conséquent, tout en se rai-
« tachant à la personne et la suivant partout, en
« frappant de stérilité tous les actes qu'elle accomplit
« en violation de son statut personnel partout où elle
« se trouve, sauf là où son incapacité serait repoussée
« par des motifs d'ordre public, s'applique en même
« temps, dans le pays où elle est établie à toutes les
« personnes qui y résident momentanément (1) ».

Faudra-t-il donc considérer de tels empêchements comme étant d'ordre public absolu, et soumettre à la nécessité d'une dispense tous les individus qui veulent se marier en France ? Selon nous il faut répondre à cette question par la négative. Les dispositions dont nous parlons sont d'ordre public national seulement, et les étrangers n'y seront soumis qu'autant que leur statut personnel les obligera aux mêmes formalités.

(1) A. ROLLIN, *Principes de droit international privé*, t. II, p. 66.

Nous avons vu notamment qu'en Angleterre la prohibition du mariage entre beau-frère et belle-sœur est d'ordre public absolu.

En quoi d'ailleurs l'ordre public français serait-il froissé par la célébration en France de tels mariages ?... Supposons que deux autrichiens, beau-frère et belle-sœur, ayant obtenu dans leur pays les dispenses nécessaires, veuillent faire célébrer leur mariage en France. Devront-ils en outre obtenir une nouvelle dispense du gouvernement français ou au contraire pourront-ils se marier sans aucune autre formalité ?

Ces empêchements tiennent au statut personnel et comme tels doivent être réglés par la loi autrichienne.

Dans notre cas la dispense a été obtenue, l'ordre public est donc satisfait dans les deux pays, puisque tous deux fléchissent également devant la possibilité d'une dispense. Il faut donc admettre que la question se résout suivant la loi personnelle des futurs. Dans notre exemple l'autrichien ne sera donc autorisé à la célébration de son mariage qu'autant qu'il aura fourni à l'officier de l'état civil les dispenses qui sont exigées par sa propre loi. On ne saurait lui demander la production d'un certificat émanant du gouvernement français qui ne serait pas compétent « *ratione personæ* », pour accorder une telle dispense.

La question fut soumise à la conférence de la Haye en 1893 ; le rapporteur M. Renault, délégué de France se prononçait pour la loi nationale des intéressés.

« Un oncle et une nièce, disait-il appartiennent à un pays dans lequel leur mariage est licite, ils devraient pouvoir se marier en France puisque la disposition du

code civil qui interdit cette union peut être écartée par une dispense du chef de l'État (art. 163 et 164).

Si dans le pays d'origine le mariage de l'oncle et de la nièce devait être autorisé comme en Belgique, il faudrait et il suffirait que l'oncle et la nièce produisissent à l'autorité française des dispenses accordées par l'autorité belge.

La Commission ne croit pas devoir recommander la règle admise par l'Institut de droit international, et d'après laquelle, « les autorités du pays où le mariage est célébré pourront accorder dispense des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance des futurs époux dans les cas et dans la mesure où cette faculté appartiendrait en vertu de la loi nationale des futurs époux, aux autorités de leurs patries respectives » (art. 6 du Règlement arrêté par l'Institut dans sa session de Lausanne). Il a semblé à la Commission qu'on donnait ainsi à l'autorité du lieu de la célébration une attribution qui d'une part, était contraire au principe admis, et d'autre part, serait difficilement exercée par cette autorité. La disposition qui admet la dispense et indique l'autorité compétente avec les formes à suivre est intimement liée à la disposition qui établit l'empêchement lui-même. La loi nationale doit donc être exactement suivie en ce qui concerne la dispense, comme en ce qui concerne l'empêchement ; un oncle et une nièce belge ne peuvent valablement se marier à l'étranger, comme en Belgique, qu'avec les dispenses émanant de l'autorité

belge. De plus il n'est pas raisonnable de charger l'autorité du lieu de célébration de délivrer des dispenses parce que son point de vue peut être totalement différent de celui de l'autorité d'origine. Etant donné que le système des dispenses existe dans les deux pays, comme par exemple en Belgique et en France, cela n'implique pas qu'elles soient dans l'un et l'autre, accordées sous l'empire des mêmes considérations. De plus, dans un pays qui n'admet pas le système des dispenses on conçoit difficilement que l'autorité veuille consentir à l'introduire pour une certaine catégorie d'étrangers (1).

La parenté fictive qui résulte de l'adoption crée dans notre loi (C. civ. art. 348) certains empêchements au mariage ; ces derniers sont pour beaucoup d'auteurs simplement prohibitifs. Si nous admettons en effet le principe jurisprudentiel, que dans le mariage il n'y a pas de nullités virtuelles, comme aucun texte ne prononce expressément cette nullité il faut en conclure que l'empêchement venant de l'adoption n'est pas dirimant ; l'art. 348 en effet nous dit : le mariage est prohibé....., il ne dit pas qu'il est nul

Les prohibitions édictées par cet article, prétend M. Planiol (1), ne signifieraient pas grand'chose, si la

(1) V. Rapport de M. Renault (*Actes de la conférence*, 1893.)

En Angleterre notamment aucune dispense n'est possible s'il s'agit d'un mariage entre beau-frère et belle-sœur et c'est là une des prohibitions qui tient le plus au cœur des Anglais traditionalistes et puritains.

(2) V. *Traité de Droit civil*, t. III, § 329.

sanction nécessaire n'était pas la nullité du mariage. On peut adopter cette manière de voir, et déclarer en conséquence que ces empêchements, étant fondés sur des motifs de décence et d'honnêteté, le législateur n'ayant pas voulu que l'espoir d'un mariage pût allumer des convoitises inavouables entre gens vivant sous le même toit, sont d'ordre public absolu, et que les étrangers doivent s'y soumettre. On peut aussi considérer que l'adoption étant un contrat, celui-ci dans le domaine international, est soumis à la *lex loci*, à celle qui a présidé à la formation du lieu de cette parenté fictive, que c'est d'après cette loi qu'il faut en apprécier les conséquences. Si donc la loi personnelle de l'étranger établit ces empêchements, il ne pourra se marier en France, si au contraire dans sa loi rien n'existe à cet égard, on ne pourra refuser en France de reconnaître la validité de son mariage ; sa capacité sera donc appréciée d'après sa loi nationale ; l'empêchement prévu par l'article 348 est d'ordre public relatif.

Nous n'admettons pas cette manière de voir ; sans doute au point de physiologique aucun lien du sang n'existe entre l'adoptant et ses enfants, mais en fait il y a bien là dans l'idée du législateur la constitution d'une véritable famille ; l'adopté acquiert tous les droits successifs d'un enfant légitime (art. 350) et s'il est seul enfant, comme dans les cas ordinaires, il prendra toute la succession.

Le législateur d'ailleurs s'exprime en termes non équi-

voques ; c'est une défense absolue de sa part ; il y aurait selon nous quelque chose de choquant pour la morale et les sentiments de toute convenance, d'autoriser le mariage soit entre parents et enfants adoptifs, soit entre enfants adoptifs d'un même individu. Mais nous dira-t-on, la loi s'exprime de la même façon lorsqu'elle prohibe le mariage entre l'époux divorcé pour cause d'adultère et son complice (ancien art. 298) la jurisprudence toutefois ne voyait là qu'un empêchement simplement prohibitif ; aujourd'hui c'est au nom même de la morale que l'on a demandé l'abrogation de cette disposition (loi du 15 décembre 1904) ; ce qui était donc d'ordre public actuellement n'est plus d'aucun ordre, en quoi donc vouloir affirmer que la prohibition de l'article 348 soit d'ordre public absolu ! Il y a là bien évidemment une question dans laquelle il faut reconnaître pleine compétence aux appréciations des tribunaux. Nous tenons néanmoins au nom même de cette morale que l'on invoque souvent à tort, à maintenir le caractère dirimant à l'empêchement provenant de l'adoption, en conséquence nous limitons ici le statut personnel de l'étranger par notre propre ordre public. L'espèce hâtons-nous de le dire est rare, et pour les mœurs il faut espérer que des individus habitués dès leur enfance à se traiter de parents ou de frère et sœur ne songeront pas un jour à demander la célébration d'une union, qui selon nous serait un véritable inceste.

Notre opinion au contraire se modifiera lorsqu'il

s'agit de l'empêchement provenant du délai de dix mois imposé aux veuves par l'art. 228 du code civil. Quel a été le but du législateur ? Est-ce pour un motif de décence qu'il aurait obligé une veuve à pleurer dix mois son mari, *lugere maritum* ? Pourquoi dans ce cas ne lui avoir pas imposé la même obligation, pourquoi l'homme rendu libre par la mort de sa femme, ne serait-il tenu vis-à-vis d'elle à aucun deuil légal ? certains pays comme le Danemark prévoient également pour les deux époux un délai que l'on pourrait appeler délai de convenance.

Il y aurait dans cette obligation imposée à la femme seule une injustice tellement évidente, que c'est ailleurs qu'il faut en chercher l'explication. L'on a dit aussi, se basant sur ce délai de dix mois (300 jours) durée légale des plus longues gestations, que c'est la crainte d'une confusion de part *turbatio sanguinis*, qui a inspiré au législateur cette décision à première vue arbitraire. L'empêchement dans ce cas est inhérent au sexe lui-même, il est donc nécessaire et par suite absolu. Pourquoi dès lors ne pas autoriser la femme à faire la preuve de son état au lendemain de la mort du mari. Le code italien prévoit cette possibilité, et la simple expertise médicale suffirait à faire disparaître cette confusion de part si redoutée du législateur. — Ce n'est donc pas encore ce motif qui a pu le pousser à obliger la femme à patienter dix mois. Il a voulu selon nous éviter toute discussion au sujet de la filiation des enfants, et a fixé un délai suffisamment long, pour que toute expertise

physiologique, qui souvent prête au scandale fût inutile. Le législateur français s'est donc placé à un point de vue tout personnel ; d'autres plus hardis ou moins rigoristes ont autorisé l'expertise médicale et ont admis la femme à faire preuve qu'elle n'est pas enceinte des œuvres de son mari décédé. Y a-t-il là une question d'ordre public absolue ? la règle édictée dans les différents pays n'intéresse que les nationaux, et imposer sa manière de voir aux étrangers serait vouloir leur faire une loi que nul n'a le droit de leur dicter. Les conventions peuvent être choquées, mais l'ordre public français n'en sera pas troublé, ce n'est pas là une règle qui doit s'imposer à tous, d'une façon absolue. Du reste cet empêchement est considéré en France comme purement prohibitif et ne peut en aucun cas faire annuler le mariage (1).

La monogamie dans les pays civilisés est un principe universellement admis. En France, la bigamie est un crime (art. 340, C. pén.). L'article 147 du Code civil qui interdit de contracter un second mariage avant la dissolution du premier est une loi d'ordre public absolu, une loi de police et de sûreté à laquelle sont soumis tous ceux qui habitent ou passent sur le territoire.

Donc, en France, nul étranger ne pourra se prévaloir

(1) L'annulation d'ailleurs ne servirait à rien, car elle n'empêcherait pas la grossesse de la femme et le doute qui plane sur la filiation de l'enfant.

V. PLANIOL, *op. cit.*

de son statut personnel pour contracter un second mariage, alors qu'il est encore engagé dans les liens d'une précédente union.

Mais il n'est pas toujours facile de distinguer à première vue l'existence ou la dissolution de cette précédente union.

Le premier mariage peut être inexistant, et dans ce cas puisque juridiquement il n'a pas même vu le jour, il ne peut être question en droit de prononcer sa nullité. On n'attaque pas le néant ; il ne peut produire aucune conséquence. Mais tant que cette inexistence n'a pas été déclarée publiquement par un tribunal compétent, le doute peut subsister, et un officier de l'état civil prudent agira sagement en refusant la célébration de l'union qui lui est demandée avant d'avoir obtenu cette déclaration judiciaire.

Une question intéressante à nos yeux, est celle de l'absence de l'un des époux. Le conjoint d'un absent peut-il se remarier ? Est-il condamné au contraire à un célibat perpétuel faute de pouvoir fournir la preuve du décès du disparu ?

Dans le système de la loi française, l'absence quelque longue qu'elle soit ne donne jamais la certitude du décès. Sans doute, à mesure que le temps s'écoule, la probabilité de mort grandit ; mais l'absent n'est jamais considéré comme mort, et suivant l'expression de Tronchet, il n'est « ni mort, ni vivant » ; on ne permet jamais à son conjoint de se remarier.

Cependant si effectivement, trompant l'officier de l'état civil sur sa véritable qualité, l'époux présent a contracté un nouveau mariage, quel sera le sort de cette union ? Le Code civil a réservé à l'époux absent seul ou à son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence, la faculté de demander la nullité du mariage (art. 139). C'est là une dérogation au droit commun ; car en fait du moment que l'on ne peut rapporter la preuve de la dissolution d'une précédente union, il y a bigamie, et l'ordre public étant touché, le ministère public lui-même ou tout intéressé devrait pouvoir demander la nullité du second mariage. Le code a entendu ici consacrer une double maxime énoncée en 1723 dans une affaire célèbre, par l'avocat général Gilbert Desvoisins :

« L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, mais elle ne doit jamais suffire non plus pour troubler un mariage contracté (1) ». Conformément à ces principes la jurisprudence a admis que l'absence constituait un empêchement simplement prohibitif jusqu'au retour de l'absent. Si la preuve de sa mort est rapportée, le second mariage est purgé du vice qui l'entâchait, il est valable : le doute étant levé, il n'y aurait aucune raison pour ne pas en reconnaître la validité ».

Cette restriction à la capacité fait donc partie du statut

(1) V. PLANIOL, *Traité du Droit civil*, n° 351,

personnel, ce n'est pas une règle d'ordre public absolu. En conséquence les étrangers seront admis à se marier en France, selon que leur loi personnelle les autorisera ou non, en l'absence de l'un des conjoints à contracter une nouvelle union ; et si certaines formalités sont exigées dans leurs lois, l'officier de l'état civil français ne procédera à la célébration du mariage qu'autant qu'il aurait rempli les conditions exigées par leur loi nationale.

Que décider dans le cas où le premier mariage est simplement annulable ? son existence juridique ne fait pas de doute, mais il porte sur lui un germe de mort, il est sujet à la caducité.

En fait tant que la nullité n'en est pas prononcée, aux yeux de la loi il produit tous les effets d'un mariage valable. L'époux qui malgré ce premier mariage, contracte une seconde union doit-il être considéré comme bigame ? L'art. 189 prévoit le cas et résout la question suivant le sort qui aura été fait par les tribunaux au premier mariage ; il y a avant tout une question préjudicielle à trancher. La bigamie ne pourrait donc être prononcée qu'autant que le premier mariage serait reconnu valable. Comment appréciera-t-on la question de nullité de ce premier mariage ?

S'agit-il d'une nullité de forme, il faut appliquer la *lex loci* si les parties ont contracté mariage selon la règle *locus regit actum* ; si elles ont au contraire préféré les formes de leur propre loi, en faisant célébrer leur union

devant les autorités diplomatiques ou consulaires, c'est aux dispositions de cette loi qu'il faudra se référer.

Pour ce qui est des nullités de fond, la loi nationale des parties ne devra être suivie qu'autant qu'elle ne serait pas contraire aux dispositions d'ordre public local.

Ainsi par exemple en France, on ne respectera pas les dispositions de la loi étrangère qui seraient contraires à nos principes de liberté religieuse et d'égalité sociale ou qui paraîtraient immorales, par exemple en autorisant la demande en nullité du mariage pour impuissance naturelle du mari (loi espagnole du 18 juin 1870, art. (4) (1).

Un mariage nul peut en France produire certains effets, quand il réunit les conditions du mariage putatif, savoir la bonne foi absolue de l'un des époux (art. 201) ; dans d'autres pays ces sortes de mariage ne sont nullement reconnus, en Angleterre et en Russie notamment les tribunaux ne leur reconnaîtraient la possibilité de produire aucun effet ; le statut personnel des époux ne pourrait prévaloir contre une disposition considérée dans le pays comme d'ordre public absolu.

L'ordre public du lieu de la célébration *lex loci*, ne saurait d'ailleurs entrer en conflit avec une disposition qui est regardée par la *lex loci*, comme d'ordre public absolu. C'est dans cette remarque qu'il faut trouver la cause de contradictions choquantes ; c'est grâce à cette antériorité d'appréciation de l'ordre public dans les dif-

(1) V. DELPAGNET.

férents pays qu'un mariage considéré comme nul dans le pays d'origine sera souvent parfaitement valable dans un autre.

Ainsi par exemple un prêtre espagnol se marie en France après s'être déjà marié en Espagne (1). D'après l'article 189, il faut d'abord examiner la validité de son premier mariage ; d'après quelle loi ? d'après la loi espagnole, il s'agit là en effet d'une question de capacité. Or en Espagne la prétrise constitue un empêchement dirimant ; ce premier mariage est donc nul. Il ne s'en suit pas nécessairement qu'il soit aussi déclaré nul en France pour défaut de capacité. La jurisprudence française a vu pendant longtemps dans la qualité de prêtre un empêchement dirimant (2).

En conséquence d'après cette première manière de voir les tribunaux annulaient les mariages des prêtres français à l'étranger ; l'empêchement né en France conservait le même caractère en passant la frontière.

Mais la Cour de Cassation, revenant sur sa première décision a admis en définitive la doctrine contraire, et elle a considéré comme valable le mariage des ecclésiastiques français (3).

Ce système doit donc conduire à faire reconnaître le mariage des prêtres français à l'étranger dans les pays

(1) V. Cass., 21 février 1833, S. 33, 1, 168 ; 23 février 1847, D. 47, 1, 129, S. 47, 1, 177.

(2) V. Arrêt du 25 janvier 1888, S. 88, 1, 193.

(3) V. Seine, 26 avril 1886, J. Clunet, 1889, p. 104.

qui ne considèrent pas la prêtrise comme un empêchement dirimant.

Et en France, les prêtres étrangers ou les personnes étrangères engagées dans les vœux monastiques, pourront y faire célébrer leur mariage, non seulement si leur loi nationale les y autorise, mais ce qui est plus intéressant si elle le leur défend.

Dans notre exemple en effet, le statut personnel d'un Espagnol ne pourra prévaloir contre un principe d'ordre public français. Les vœux perpétuels ne sont plus reconnus par le pouvoir civil depuis la loi des 13-15 février 1790 ; au surplus la liberté humaine est sacrée, et on ne peut l'aliéner en tout ou en partie d'une façon perpétuelle.

Mais si la France reconnaît la validité du mariage des prêtres, dans beaucoup de pays, cette qualité constitue un empêchement absolu au mariage, en Autriche, en Russie, en Espagne, et le prêtre français se verra en raison même de cet ordre public que nous invoquons pour la reconnaissance de tels mariages, refuser toute union valable dans ces pays bien qu'il soit parfaitement capable dans le sien propre.

Les mariages mixtes, c'est-à-dire entre fidèles de religion différente sont autorisés en France. Mais l'ordre public étranger peut parfaitement refuser de reconnaître sur un territoire les unions qui sont contraires aux principes posés dans sa loi. Certains pays comme l'Autriche ne reconnaissent pas le mariage entre juifs et chrétiens,

de même la Russie interdit le mariage entre juifs et orthodoxes. A supposer qu'un habitant de ces pays veuille contracter en France une union avec un israélite le pourra-t-il ? Quelle est la loi compétente ? Ici, c'est la loi nationale, dans l'espèce c'est une loi canonique, qui détermine la capacité des parties. L'officier de l'état civil français devra se refuser à célébrer un mariage dans des conditions telles que la loi des futurs époux ne leur donne pas entière capacité ; et si le mariage a été célébré, soit parce que l'officier de l'état civil a été trompé sur les qualités des parties, soit parce qu'il ignorait la loi étrangère, les tribunaux français ne pourront se refuser à prononcer la nullité d'une semblable union.

Il en sera de même pour tous les empêchements tenant à une affinité spirituelle reconnus par le droit canonique, pour les sujets du pays où il est encore en vigueur.

La liste n'est pas close : et des difficultés peuvent encore naître au sujet des empêchements nés du divorce dans notre loi (art. 295 C. civ.) :

« Les époux divorcés ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce ».

Le législateur français qui a établi le divorce a néanmoins admis qu'on ne pourrait divorcer à l'infini ; au bout de deux fois l'expérience lui semble suffisante, et sans doute il estime que l'individu ayant suffisamment prouvé son peu de vocation au mariage par deux

divorces successifs, il y a une raison de convenance pour lui interdire un nouvel essai. Admettre indéfiniment le remariage et le redivorce, c'est en arriver à autoriser un véritable dévergondage ; ce serait faire le mariage « à l'essai » comme le préconisent quelques esprits, espérons le peu convaincus. Mais supposons, qu'un époux étranger, régulièrement marié et divorcé deux fois, auquel sa loi permet un nouveau mariage, supposons que cet étranger veuille se remarier en France, le pourra-t-il ?

MM. Weiss, Aubry et Rau, se prononcent pour la négative ; dans leur opinion l'art. 295 serait d'ordre public absolu. Est-ce bien certain ?

L'étranger divorcé d'une part, et capable de se remarier d'après sa loi nationale, pourra contracter une nouvelle union dans un pays où le divorce est complètement interdit (par exemple en Italie) ; d'autre part, si le divorce est permis dans ce pays, il devrait respecter des prohibitions plus spéciales, il y a là une contradiction (1). La jurisprudence française considère cet empêchement comme simplement prohibitif ; il n'est donc pas une cause de nullité du mariage ; le législateur ne semble pas l'avoir édicté dans l'idée qu'il doive être d'ordre public absolu. S'il en était ainsi il faudrait admettre que les cas limitatifs pour lesquels le divorce peut être demandé, sont aussi d'ordre public. En conséquence il faudrait

(1) V. A. ROLIN, *op. cit.*

refuser à un étranger divorcé par consentement mutuel, la possibilité de contracter une nouvelle union en France sous prétexte que dans notre loi l'ordre public repousse une telle cause de divorce (1). Ce serait aller un peu loin dans l'application du principe.

D'une manière générale il ne faut pas exagérer les droits de l'ordre public en notre matière du mariage. On doit considérer que les mariages des étrangers intéressent très peu l'État sur le territoire duquel ils ont lieu. Car ces unions auront pour but de fonder des familles étrangères. Il faut réserver le caractère des lois d'ordre public à des dispositions élémentaires de morale (2).

Si nous examinons à cet égard les résolutions qui ont été prises à la conférence de la Haye, nous voyons à l'art. 2 que les dispositions suivantes ont été adoptées.

« Article 2.—La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers qui serait contraire à ses dispositions concernant :

« 1° Les degrés de parenté ou d'alliance pour lesquels il y a une prohibition absolue.

« 2° La prohibition absolue de se marier, édictée

(1) Les causes du divorce étant d'ordre public, il ne peut être prononcé en France, même entre étrangers, que pour celles qui sont admises par la loi française. Aussi le divorce ne peut être prononcé par consentement mutuel. V. Marseille, 11 février 1902, D. 62, 2, 198. Du même pour la séparation de corps ; V. Marseille, 21 février 1902, J. Clunet, 1904, p. 188.

(2) M. Pillet à son cours.

« contre les coupables de l'adultère à raison duquel le
« mariage de l'un d'eux a été dissous ;

« 3° La prohibition absolue de se marier édictée
« contre des personnes condamnées pour avoir de
« concert attenté à la vie du conjoint de l'une d'elles.

« Le mariage célébré contrairement à une des prohi-
« bitions mentionnées ci-dessus ne sera pas frappé de
« nullité, pourvu qu'il soit valable d'après la loi indiquée
« par l'article 1^{er}.

« Sous la réserve de l'application du premier alinéa
« de l'article 6 de la présente Convention, aucun État
« contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage
« qui, à raison d'un mariage antérieur ou d'un
« obstacle religieux, serait contraire à ses lois. La vio-
« lation d'un empêchement de cette nature ne pourrait
« pas entraîner la nullité du mariage dans les pays
« autres que celui où le mariage a été célébré (1).

Cette énumération est incomplète à cause de la diversité des ordres publics, de nation à nation.

Le délégué d'Autriche notamment voulait faire ajouter deux autres cas ; l'un concernant l'interdiction absolue de se marier imposée à un ecclésiastique engagé dans les ordres supérieurs ou à une personne ayant fait le vœu solennel de célibat, l'autre relatif à la prohibition absolue du mariage entre chrétiens et non chrétiens. M. Asser président de l'assemblée ayant proposé un

(1) V. *Actes de la conférence*, 1900, p. 238.

amendement en ce sens « qu'aucun Etat contractant ne s'oblige à faire célébrer un mariage à l'égard duquel, à raison d'un obstacle d'ordre religieux, il n'y a pas sur son territoire d'autorité nationale compétente », le délégué d'Autriche déclara renoncer à sa proposition (1).

Le but de la Conférence était de faire qu'un mariage valable dans un pays, le fut partout, en ce sens que les époux puissent réclamer sur n'importe quel territoire les effets de leur union. Ce but a-t-il été atteint, d'une façon absolue, non ; puisque un mariage peut être nul dans le pays de la célébration et valable dans les autres.

Un progrès a été réalisé lors de la conférence de 1900 par l'adoption de l'article 3.

« La loi du lieu de célébration peut permettre le mariage des étrangers nonobstant les prohibitions de la loi indiquée par l'art. 1^{er}, lorsque ces prohibitions sont exclusivement fondées sur des motifs d'ordre religieux.

« Les autres Etats ont le droit de ne pas reconnaître comme valable le mariage célébré dans ces circonstances ».

Cette disposition nouvelle n'a été acceptée qu'à la suite d'une discussion prolongée des membres de la Commission d'étude du projet sur le mariage. La règle générale admise d'une manière absolue par la Commission, est que du moment où une personne ne peut contracter

(1) V. *Actes de la conférence, La Haye, 1900*, p. 171. Rapport de M. Renault, délégué de France, président de la Commission.

mariage d'après sa loi d'origine, elle ne doit pas pouvoir le faire dans un autre pays quelle que soit la nature de l'empêchement. Il n'a pas semblé, lors de la première rédaction, que l'ordre public d'un pays exigeât nécessairement qu'on donnât en vertu de la loi de ce pays, la faculté de se marier à des individus qui ne l'ont pas d'après leur loi nationale. Il n'y a pas alors de raison suffisante pour ne pas laisser plein effet à cette loi.

En 1900 la France et la Belgique ayant posé deux questions formelles, « les prohibitions édictées par la loi nationale ne seront pas applicables, si d'après la loi du lieu de célébration du mariage, elles sont considérées comme contraires à l'ordre public », « les prohibitions établies par la loi des époux et contraires au droit public du pays de la célébration n'y empêcheront pas le mariage ». la question fut examinée d'un commun accord, et l'art. 3 est le résultat de « la transaction laborieuse » des différents représentants. Les réserves faites toutefois ne furent admises qu'au point de vue religieux.

La dernière partie de cet article a été en général vivement critiquée. Pourquoi en effet, les puissances tierces dont la loi n'est pas violée, ont-elles intérêt à déclarer ce mariage nul !

On n'aurait dû, suivant le désir de certains délégués, ne reconnaître cette faculté qu'au pays d'origine. Il est certainement très fâcheux disait M. Renault (1) qu'un

(1) V. *Rapport cité*, p. 173.

mariage ainsi valable dans un pays, soit nul ou annulable dans les autres. Mais ce résultat était inévitable, si on voulait concilier dans une certaine mesure le respect dû à la législation nationale et le respect dû à la législation du lieu de la célébration.

Conformément à cet article il faut donc admettre en France la validité du mariage d'un Autrichien ou d'un Russe orthodoxe, avec une femme française. Pourquoi ? Aucune raison théorique ne peut autoriser une pareille solution. Elle est en contradiction même avec le principe généralement admis suivant lequel la capacité des parties est appréciée suivant leur loi nationale. Ce sont donc sur l'autel d'une entente internationale. Mais comme le disait le délégué d'Allemagne « nous sommes en bonne société, nous connaissons les États avec lesquels nous nous proposons de contracter ».

Le rôle de la conférence aura été ici bienfaisant. Il faut remarquer en effet que la situation envisagée est celle d'individus qui, sans avoir perdu leur nationalité d'origine, sont établis définitivement dans un pays étranger et n'ont de relations que dans ce pays. Va-t-on leur imposer à perpétuité des prohibitions imposées par la législation nationale et inconnues là où ils se trouvent ? Ce qui leur importe, avant tout, c'est que leur mariage soit valable dans le pays où ils sont (1). Ce résultat leur

(1) V. Rapport de M. Renault.

est acquis, on ne saurait à notre sens le repousser pour des motifs théoriques. La conférence n'était pas tenue d'édicter des règles de droit international, mais plutôt de chercher autant que possible à diminuer les chances de conflits ; la certitude du sort des individus, leur stabilité juridique là où ils se trouvent étaient des considérations importantes au plus haut point ; on ne saurait trop féliciter les savants personnages de la Haute Assemblée d'avoir fait à cet égard le sacrifice de leurs tendances personnelles pour arriver à une entente qui, si elle n'est pas encore le dernier mot sur la question des conflits est un progrès sensible dans la recherche de leur solution.

CONCLUSION

Si nous suivons le chemin parcouru, si nous regardons l'évolution du droit international privé, nous voyons que les principes timides et peu consistants du début de notre science, sont devenus des règles solides. La loi personnelle a aujourd'hui fait son œuvre, et on n'en est plus à discuter son empire, pour des motifs égoïstes de la souveraineté des États. On peut dire en quelque sorte que contrairement aux idées premières, c'est le territoire qui devient l'accessoire de la personne. Sans doute ces deux éléments sont liés entre eux d'une façon indissoluble, puisque la nation « agrégat de personnes », ne peut exister sans un territoire sur lequel elle puisse affirmer ses droits et développer ses facultés. Mais la loi n'est plus faite dans l'idée unique qu'elle est applicable à un État, en ce sens que cet État constitue un espace géographique déterminé. Franchissant les frontières, la loi devenue personnelle, suit les nationaux dans leurs déplacements ; elle n'entend pas perdre sur

eux la souveraineté qu'elle en a reçue, elle les garde sous sa tutelle protectrice en même temps qu'exigeante.

Mais si le principe posé est presque universellement reconnu au moins en ce qui touche l'état et la capacité des individus qui doivent être identiques en tous lieux, son application n'est pas générale.

C'est à la loi nationale, en définitive que nous reconnaissons le droit de fixer la capacité des parties dans le mariage ; cette loi nous paraît plus stable que celle du domicile, qui rendrait par trop incertain le statut personnel ; il est nécessaire que cet élément juridique soit fixe. La facilité des voyages, les besoins de l'expansion économique portent rapidement l'individu au dehors. On ne pouvait songer à lui appliquer les dispositions de la loi du lieu où il se trouve momentanément, aucun lien juridique ne le rattachant à ce pays. Sans doute la loi locale peut exiger de l'étranger qu'il se soumette aux prescriptions générales édictées pour le bon ordre social de l'État, mais de là à prétendre le régir à tous moments de sa vie juridique, à lui imposer des restrictions qui sont incompatibles avec son caractère, il y a un abîme. En matière de statut personnel aussi l'avons nous vu, la loi territoriale est presque unanimement réprouvée, et c'est la loi personnelle, (loi du domicile ou loi nationale), qui a définitivement triomphé dans la doctrine et dans les législations. « Toute loi », dit M. Pic, « sur la capacité des individus est le résultat de « l'expérience, de la connaissance acquise, des con-

« ditions particulières d'un peuple. Une loi faite pour les
« peuples du midi, plus précoces ne peut convenir aux
« peuples du nord, et il serait contraire au bon sens et
« aux bonnes mœurs d'autoriser une jeune Danoise ou
« Norvégienne de douze ans, enfant à peine formée, à
« se marier en Espagne, sous prétexte que la loi espagnole déclare la femme nubile à cet âge. Il en est de même pour le consentement des ascendants ; si la loi américaine qui autorise tout individu pubère de l'un ou l'autre sexe à contracter mariage sans leur consentement, peut se justifier pour de jeunes américaines, habituées dès leur enfance, au *self government*, à la responsabilité de leurs actes, il serait déplorable de l'appliquer à des Français mineurs de passage aux États-Unis, car en droit français, fils et filles, sont à tort ou à raison, écartés jusqu'à leur majorité de toute participation aux affaires et soumis à une autorité que la loi considère comme une protection nécessaire pour le mineur, un secours contre les entraînements auxquels il serait tenté de céder. C'est surtout en matière de mariage que ces entraînements sont à redouter ; il est donc naturel que cette loi protectrice suive le français en quelque lieu qu'il se rende (1).

L'adoption universelle de la loi nationale en matière de conflit aura-t-elle pour effet de les supprimer? Malgré le désir que l'on peut avoir de donner effet à une loi

(1) Paul PIC, *Mariage et Divorce*.

étrangère, il y a une limite qui ne peut être dépassée ; cette limite c'est l'ordre public (absolu) tel que nous avons essayé d'en dégager la nature. Un État ne peut adopter même dans une mesure restreinte, une règle qui est la négation des principes essentiels de sa législation. A cet égard chaque législateur se fait une conception différente de l'ordre public, de là l'impossibilité d'arriver à un accord absolu.

Faudrait-il souhaiter l'adoption de règles identiques pour tous les États, faut-il essayer une codification internationale, faut-il en un mot unifier les législations ? Nous ne le croyons pas ; il n'en est pas moins vrai que dans certaines branches du droit, cette union se produit en quelque sorte mécaniquement sous l'influence des besoins économiques ou sociaux ; ainsi pour la protection des œuvres littéraires la convention de Berne du 9 septembre 1888, les unions postales universelles, les conventions sur la lettre de change sont des tendances à la fixation d'un droit commun universellement reconnu.

Mais si nous entrons dans le domaine des droits de famille, chaque législation garde ici des attaches trop vives pour que l'on puisse souhaiter un droit commun ; certaines parties du droit répugnent à l'unité et si en théorie on peut discuter et proposer l'adoption d'idées et de vues communes, en pratique chaque peuple reste individualiste ; il faut reconnaître que c'est là un caractère heureux et souhaiter une loi universelle serait admettre la possibilité d'une fâcheuse monotonie. L'in-

ternationalisme fait son chemin dans les idées, mais le fait-il aussi dans les caractères ?

Les peuples sont comme les individus ; ils n'entrent dans la communauté internationale que dans les limites de leurs besoins et de leurs intérêts. Et d'ailleurs quand bien même l'entente serait parfaite, chaque peuple dans son pays ne serait pas libre de réaliser les progrès qui lui paraîtraient souhaitables ; il lui faudrait obtenir auparavant le consentement de tous les autres dont il est dépendant. Ce résultat est inadmissible, ce serait la négation même de tout principe d'évolution ; l'état stationnaire n'est pas le fait de l'homme. Laissons donc à chaque législateur le soin d'édicter les lois qu'il juge convenable, et contentons-nous dans la mesure du possible d'éclairer ses décisions par l'aspect de notre propre loi.

En matière de mariage toutefois on pourrait croire que le droit est arrivé au dernier terme de son évolution, et qu'en conséquence la codification serait possible ; il n'en est rien ; et la diversité des législations en ces matières est là pour nous le prouver. Tant que certains pays s'en tiendront encore au principe du mariage religieux nécessairement obligatoire et légal, aucun accord n'est possible ; la règle *locus regit actum* ne reçoit pas ici en effet son application puisque la forme religieuse est une condition essentielle du mariage. En ce qui touche les conditions de fond, l'adoption de la loi nationale, si elle était partout reconnue, supprimerait

les chances de conflit sous la réserve que cette loi ne se heurterait pas à un principe d'ordre public international; mais si une tendance certaine à cette loi se manifeste, elle n'est pas encore admise partout sans restriction. M. Buzzati à cet égard fait une classification intéressante des divers pays, que nous permettons de reproduire ici (1).

(1) V. CLUNET, 1907, p. 1010 :

I. États qui prescrivent l'application absolue et exclusive de la loi nationale, aussi bien pour les nationaux que pour les étrangers, que le mariage soit célébré dans l'État ou à l'étranger.

Autriche. — Art. 4 et 34 du C. civ. général.

Belgique. — Art. 3 du C. civ. français, loi du 20 mai 1882.

France. — Art. 3.

Italie. — Art. 6, 100 et 102 du C. civ.

Luxembourg. — C. civ. français.

Pays-Bas. — Art. 6 des dispositions générales, art. 138, C. civ.

Portugal. — C. civ., art. 27, 1065-1068.

Roumanie. — C. civ., art. 2, 152.

Espagne. — C. civ., art. 9.

II. États qui prescrivent pour les nationaux et les étrangers l'application de la loi nationale, mais qui admettent le renvoi de la loi nationale des étrangers au droit en vigueur dans l'État.

Allemagne. — Loi d'introduction, C. civ., art. 7, 13, 27.

III. États qui prescrivent pour les citoyens et pour les étrangers l'application de la loi nationale, mais qui admettent le renvoi de la loi nationale des étrangers, soit à la loi de ces États, soit à une autre.

Hongrie. — Loi XXXI de 1894 sur le droit matrimonial, art. 103, 109, 110, 111.

IV. États qui prescrivent la loi nationale pour leurs ressortissants à l'étranger, et la *lex loci celebrationis* pour les étrangers à l'intérieur.

Suède.

V. États qui admettent la validité du mariage célébré à l'étranger,

Par un seul coup d'œil jeté sur notre classification, il est facile de se rendre compte, que si le principe de la nationalité est « en marche », il n'est pas adopté d'une façon uniforme. Mais si en ce qui nous concerne comme en bien d'autres matières, l'unité de législation est une utopie, précisément parce que chaque peuple est essentiellement personnel, a un caractère propre par lequel il manifeste son activité juridique, sociale, économique, peut être cette unité est-elle possible dans le domaine plus vaste, du droit international privé.

Qu'est-ce au fond que notre science, sinon le terrain d'entente, ou tout au moins celui sur lequel la conciliation soit possible entre les différentes nations ?

Chaque État pris en particulier, ne renoncera pas facilement, à des principes de droit interne qui sont chez lui le résultat de la tradition, disons le cachet de sa race, de sa nationalité, mais il ne pourra se refuser à admettre une règle uniforme dans les conflits qui peuvent se produire soit au sujet des étrangers sur son territoire, soit au sujet de ses nationaux à l'étranger. C'est là certainement son intérêt ; c'est par là qu'il entrera dans la communauté internationale.

Pour ce qui est de l'ordre public dont l'application aussi bien dans le cas où il est contracté en conformité de la *lex loci celebrationis*, que dans celui où il est contracté en conformité de la loi nationale et qui pour les étrangers, se mariant dans l'État, exigent en même temps l'application de la loi nationale et celle de la loi intérieure.

Suisse — Constitution fédérale du 20 mai 1874, art. 54

vient faire échec au principe de la loi nationale il est de toute évidence que l'on ne peut le supprimer mais tout au moins est-il possible d'en limiter les cas et d'adopter pour la solution des conflits, qui naissent à son occasion des règles de solution communes (1).

La conférence de la Haye a fait un essai en ce sens : dans le mariage elle a en effet limité les cas d'ordre public, (art. 3) et toutefois elle n'est pas encore arrivée à la suppression de tout conflit. Dans quoi faut-il trouver la raison de son échec ? D'une façon générale on peut regretter au point de vue international les ententes ou les traités entre un aussi grand nombre d'États. L'accord n'est possible qu'au prix de mille et un petits sacrifices,

(1) M. Pasquale Fiore, dans un article sur l'ordre public en droit international privé, propose précisément cette limitation.

Nous admettons, dit-il, que dans tout État on doit attribuer une autorité absolue et prépondérante.

a) A l'égard des citoyens, à toutes les lois qui constituent leur statut personnel, et qui, limitant leur liberté de se soumettre à des lois étrangères, doivent empêcher tout effet qui pourrait résulter sur le territoire de l'État de la soumission illicite du citoyen à la loi étrangère, ou de l'application qui a été faite aux citoyens de la loi étrangère qui déroge à leur statut personnel.

b) A l'égard des étrangers, aux lois prohibitives qui limitent expressément l'autorité de leur statut personnel.

c) Aux lois édictées par la souveraineté territoriale qui concernent les choses, qui existent effectivement sur le territoire de l'État indépendamment des personnes auxquelles ces choses appartiennent.

d) A celles qui constituent le droit public de chaque pays et qui ont le caractère de droit social.

PASQUALE-FIORE, *De l'ordre public en droit international privé*, *Revue de droit international et de législation comparée*, p. 620.

et l'œuvre finale est un compromis entre les préférences personnelles des délégués ; du choc d'idées trop diverses ne peut naître un véritable accord, qui soit au fond même de la pensée de chacun. Il serait d'une méthode plus sûre à notre sens, évidemment moins rapide, de faire l'essai d'une réglementation uniforme des principes entre États qui se touchent de près, et qui dans les relations internationales sont des voisins immédiats. De proche en proche, l'évolution des idées faisant son œuvre, peut-être l'adoption d'idées communes serait-elle possible d'une façon définitive.

Que décider en ce qui touche l'ordre public dans le mariage ? faut-il admettre d'une façon générale que les empêchements dirimants sont d'ordre public absolu, qu'au contraire les empêchements prohibitifs ne touchant en rien à la validité du mariage en lui-même, on ne saurait imposer leur respect aux étrangers, qu'ils sont donc d'une réglementation toute intérieure, n'intéressant en conséquence que les nationaux. La distinction ainsi présentée est trop absolue ; appliquée dans toute sa rigueur elle serait une entrave perpétuelle à la faculté de mariage des individus dans les divers pays ; les empêchements n'ayant pas partout le même caractère, dans les pays où ceux-ci n'existent pas, ils ne seraient pas reconnus et la loi locale ne serait pas tenue de respecter l'ordre public étranger. Il est nécessaire dans le mariage plus que dans toute autre matière de faciliter les relations juridiques des parties, et un État

n'a pas le droit de se désintéresser des mariages d'étrangers qui ont lieu sur son territoire. Un législateur prudent devrait prévoir dans sa loi les règles qui leur sont applicables, la condition qui leur sera faite.

D'une façon générale étant donné que dans les pays chrétiens les principes de morale élémentaire sont à peu près les mêmes partout, c'est à ces derniers dans le mariage, qu'il faut limiter l'ordre public international.

La question au surplus est du ressort des tribunaux ; à eux d'apprécier dans chaque espèce qui leur est soumise, quelles sont les règles à suivre d'après les principes généraux de leur propre loi. A notre sens il faut ici être d'une prudence extrême ; on ne peut édicter de règle absolue ; c'est là un idéal que nous ne sommes pas encore près d'atteindre ; mais en se plaçant au point de vue le plus favorable, il est de bonne justice de faciliter les unions en tant qu'elles ne choquent vraiment pas la conscience intime, qu'elles ne s'opposent pas à tout principe de moralité sociale, généralement établi.

On ne peut en ces matières se montrer trop libéral, l'avenir est aux idées de l'école italienne ; la loi nationale de préférence au domicile triomphe dans la recherche de la solution des conflits. A une époque où les peuples se cherchent mutuellement par des ententes ou des alliances n'est-ce pas faciliter la communauté internationale que d'accorder à chacun dans la mesure des limites autorisée par la conservation même de l'Etat, l'application de sa propre loi. Hâtons-nous de dire au surplus, qu'il n'y a

rien là qui pourrait choquer les principes de souveraineté et d'indépendance réciproques des États. Chaque législateur en désignant la loi à laquelle il entend soumettre les étrangers n'abandonne nullement son pouvoir s'il reconnaît à ceux-ci le droit d'invoquer leur loi nationale ; il estime qu'en agissant ainsi il fait œuvre d'ordre et de bonne justice, ayant l'espoir qu'en retour sa propre loi soit reconnue compétente dans le pays de ces étrangers. Plus particulièrement en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, la compétence de la loi nationale s'impose à nos yeux ; c'est cette loi en effet qui détermine la situation juridique des individus, c'est celle à laquelle ils ont l'habitude de se soumettre, c'est aussi celle qui leur est le plus facilement applicable ; elle est le reflet de leurs usages et de leurs mœurs.

Souhaitons donc en terminant à l'école italienne le triomphe définitif, en espérant que les États pénétrés d'idées libérales reconnaîtront peu à peu la toute puissance de la loi nationale et son application nécessaire.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Vu :

Le Président de la Thèse,

ANDRÉ WEISS.

Vu :

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION. — Revue de législations étrangères.....	1-22
CHAPITRE I. — Historique. — Exposé des doctrines. — Évolution de la loi compétente en matière d'état et de capacité des personnes. — Le principe de l'école italienne. — La nationalité.....	25
CHAPITRE II. — De la loi applicable au conflit.....	41
SECTION I. — Ancien droit.....	42
SECTION II — Le Code civil.....	47
La question du renvoi.....	63
CHAPITRE III. — Application du principe de la nationalité. .	71
SECTION I. — Mariage des français à l'étranger.....	71
SECTION II. — Mariage des étrangers en France.....	88
CHAPITRE IV. — De la restriction apportée au principe de la loi personnelle. — L'ordre public.....	95
CONCLUSION.....	133

Angers, imp. Lachèse et Cie, J. Siraudeau Sr. — 08 2317.
